

2010 年司考之路系列

# 国家司法考试 国际法

新东方北斗星司法考试研究中心 主编

周 超 编著

電子工業出版社

Publishing House of Electronics Industry

北京 · BEIJING

未经许可，不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。  
版权所有，侵权必究。

#### 图书在版编目 (CIP) 数据

国家司法考试·国际法/新东方·北斗星司法考试研究中心主编；周超编著.

北京：电子工业出版社，2010.3

(2010 年司考之路系列)

ISBN 978-7-121-10428-2

I. 国… II. ①新… ②周… III. 国际法—法律工作者—资格考核—自学参考资料 IV. D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 029881 号

策划编辑：周琰

责任编辑：周琰 特约编辑：石月 李红

印 刷：

装 订：

出版发行：电子工业出版社

北京市海淀区万寿路 173 信箱 邮编 100036

开 本：787×1 092 1/16 印张：15 字数：394 千字

印 次：2010 年 3 月第 1 次印刷

定 价：35.00 元

凡所购买电子工业出版社图书有缺损问题，请向购买书店调换。若书店售缺，请与本社发行部联系，联系及邮购电话：(010) 88254888。

质量投诉请发邮件至 [zltz@phei.com.cn](mailto:zltz@phei.com.cn)，盗版侵权举报请发邮件至 [dbqq@phei.com.cn](mailto:dbqq@phei.com.cn)。

服务热线：(010) 88258888。

# 序



2009 年司法考试已经尘埃落定，2010 年备战司考的战鼓正在咚咚作响。李白诗云“蜀道难，难于上青天”，许多考生奋斗数载，有的甚至青丝变白发，也未能通过司法考试，足见司法考试之难。

司法考试难在哪里？为什么有的考生皓首穷经，不能破解其中之谜；而有的考生能一考中的，犹如囊中取物，从此平步青云？我们通过组织具有多年司法考试教学经验的老师进行研讨发现，关键在于考生能否精准掌握司法考试中的重点、难点和疑点问题。据不完全统计，司法考试涉及的法律条文共 2 万多条，涉及的学科涵盖法学 14 门核心课程。在浩瀚的法学知识海洋中，如果对重点把握不准，对难点无法破译，对疑点缺少研究，自然就像漂泊在大海上的孤舟，茫然不知所向，只能望洋兴叹。

为了落实依法治国的伟大方略，更为了帮助考生准确地把握司法考试中的重点、难点和疑点，直面考试并顺利通过，我们邀请了多年从事司法考试命题、辅导、大纲编写和教材编写的具有丰富经验的教师，精心撰写了《2010 年司考之路系列》丛书。本丛书共 10 本，包括《国家司法考试·理论法学与论述题写作》、《国家司法考试·国际法》、《国家司法考试·商法·经济法》、《国家司法考试·宪法·行政法》、《国家司法考试·刑法》、《国家司法考试·刑事诉讼法》、《国家司法考试·民法》、《国家司法考试·民事诉讼法》、《国家司法考试·重点法条解读》和《国家司法考试·配套单元练习》。

本丛书具有以下特点：

## 1. 全部考点掌中宝

本丛书集司考名师辅导经验总结、司考改革新动向、精彩授课内容和高效率应试复习于一体，按照大纲的考试要求，列出考点及 2010 年预测考查的考点，其中八本教材以“重点法条 + 考点解析 + 真题演练”的结构编排，《国家司法考试·重点法条解读》以“重点法条 + 法条精解 + 真题示例”的结构编排，《国家司法考试·配套单元练习》以“答案 + 考点 + 解析”的结构编排。方便考生携带，帮助考生随时记忆司法考试重点内容，提高复习的命中率。

## 2. 考点解析很周到

本丛书在保持学科体系完整的前提下，对考点精华内容进行了概括和提炼，且及时反映大纲、教材的最新变化，使新增内容一览无余。辅导名师的补充讲解，深度挖掘、突出重点，重点讲解、辨析考试要点及难点，略讲一般知识，不讲不具可考性的内容，繁简得

当，重点突出，直击命题核心。使考生在很短的时间内就可读完，但需要反复阅读，以便记忆。

### 3. 习题演练不可少

通过“真题演练”，把握考查的重点。本丛书将知识点分门别类地放在不同的部门法中；而在每一部门法内部，又依考查内容的不同，将试题再作细分。每道试题前面标明了试题的出处，以便考生精确查找。需要说明的是，因篇幅所限，可从“重点法条”和“考点解析”中直接查找到答案的习题，这里没有展开解释。

古人云：种瓜得瓜，种豆得豆。拥有和阅读本丛书，领悟司法考试的精髓，播下成功的种子，必能结出胜利的果实！

穷数位名师之功，本丛书的面世自然令编者激动，但囿于能力所限，瑕疵断不可免。如有需要改进之处，敬请广大考生指正和海涵。

新东方北斗星培训学校校长

胡俊军

2010年3月



## 前言



三国法即司法考试中国际公法、国际私法和国际经济法的统称。相比其他部门法，三国法有如下特点：

- (1) 内容繁多，不仅涉及国内法，还有很多国际公约和国际惯例；
- (2) 不仅有实体法部分、程序法规范，还有冲突法规范；
- (3) 不仅涉及公法领域，还涉及私法领域。

由于平时工作实践中接触比较少，很多考生对三国法的内容比较陌生，见到那么多没接触过的公约和名词就想放弃。事实上，就司法考试而言，三国法是比较好拿分的部门法，而且每年卷一都会有 45 左右的分值，其中国际公法分值略少，约占 13 分；国际私法一般占 15 分左右；国际经济法分值最多，约占 17 分。因此，考生应当足够重视三国法，不要有畏惧心理。

就准备司法考试而言，考生应注意把握三国法的以下特点：

(1) 重点很突出，重者恒重。有些重点，如国际经济法中的贸易术语、WTO 法律制度、国际私法的冲突法规范部分，每年都会有所考查，所以一定要掌握这些重点、难点，考生要争取做到重点部分不丢分。

(2) 三国法一般都会结合当年的重大国际事件出题，如 2006 年考查的联合国秘书长的换届选举，2009 年考查的打击海盗。而当年的新增考点一般也会体现这些新动态。相对而言，三国法每年考查的内容都比较稳定，大纲每年的变化也不大。但一旦有变化，即使是很小的变化，也会成为当年的必考之处。比如 2009 年考查的外资非正常撤离后中方相关利益方跨国追究问题，关于涉台民事诉讼文书送达的问题，以及内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决问题等，大纲中新增加的三个考点都被考查了。因此考生要多关注当年的重大国际事件，特别要重视当年的新增考点。

(3) 在近几年的司法考试中，三国法的趋势是更加注重考查国内法的一些具体内容，如我国反倾销条例的具体规定。另外，加重考查国际私法中程序方面的规定，特别是司法协助和区际司法协助的相关规定。因此考生要注意国内法重点法条和程序方面的相关规定。

最后，预祝考生朋友们顺利通过司法考试！

周 超

2010 年 3 月

# 目录 | CONTENTS

第一章 国际公法 .....	1
第一讲 导论 .....	1
考点一 国际法的渊源 .....	1
考点二 国际法基本原则 .....	2
考点三 国际法在中国国内的适用问题 .....	4
第二讲 国际法律责任 .....	7
考点一 国际法主体 .....	7
考点二 国家 .....	7
考点三 国际组织 .....	11
考点四 国际责任的构成 .....	14
第三讲 国际法上的空间划分 .....	17
考点一 领土 .....	17
考点二 海洋法 .....	20
考点三 国际航空法 .....	28
考点四 外层空间法 .....	30
考点五 国际环境保护法 .....	32
第四讲 国际法上的个人 .....	34
考点一 国籍 .....	34
考点二 外国人的法律地位 .....	36
考点三 引渡和庇护 .....	40
考点四 国际人权法概述 .....	44
第五讲 外交关系法与领事关系法 .....	46
考点一 外交关系法 .....	46
考点二 领事关系法 .....	52
第六讲 条约法 .....	58
考点一 条约的概念与实质要件 .....	58

考点二	条约的缔结 .....	59
考点三	条约的效力 .....	63
考点四	条约的解释和修订 .....	65
考点五	条约的终止和暂停施行 .....	66
第七讲	国际争端的和平解决 .....	68
考点一	国际争端与解决方法 .....	68
考点二	国际争端的政治解决方法 .....	69
考点三	国际争端的法律解决方法 .....	70
第八讲	战争与武装冲突法 .....	72
考点一	战争与战争法 .....	72
考点二	战争状态与战时中立 .....	72
考点三	对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护 .....	74
考点四	战争犯罪 .....	78
第二章	国际私法 .....	79
第九讲	国际私法的主体 .....	79
考点一	自然人的国籍冲突 .....	79
考点二	自然人的住所 .....	81
考点三	法人 .....	82
第十讲	冲突规范和准据法 .....	84
考点一	冲突规范 .....	84
考点二	准据法 .....	86
第十一讲	适用冲突规范的制度 .....	87
考点一	识别与反致 .....	88
考点二	外国法的查明和解释 .....	90
考点三	公共秩序保留与法律规避 .....	91
第十二讲	国际民商事法律适用 .....	93
考点一	权利能力和行为能力 .....	95
考点二	物权关系的法律适用 .....	96
考点三	债权 .....	97
考点四	票据关系的法律适用 .....	101
考点五	海事关系的法律适用 .....	102
考点六	民用航空关系的法律适用 .....	103
考点七	结婚家庭关系的法律适用 .....	104
考点八	继承关系 .....	108
第十三讲	国际民商事争议的解决 .....	111
考点一	国际商事仲裁 .....	112
考点二	国际民事诉讼 .....	118
考点三	司法协助 .....	125
第十四讲	区际法律问题 .....	134
考点一	区际法律冲突与区际冲突法 .....	134



考点二 我国的区际司法协助 .....	135
第三章 国际经济法 .....	145
第十五讲 国际货物买卖 .....	146
考点一 《国际贸易术语解释通则》 .....	146
考点二 《联合国国际货物销售合同公约》 .....	149
第十六讲 国际货物运输 .....	160
考点一 提单 .....	163
考点二 调整班轮运输的国际公约 .....	167
第十七讲 国际货物运输保险 .....	172
考点一 几组重要概念 .....	172
考点二 国际海洋货物运输保险条款 .....	173
第十八讲 国际贸易支付 .....	177
考点一 汇付 .....	177
考点二 托收 .....	177
考点三 信用证 .....	180
第十九讲 对外贸易的管理制度 .....	188
考点一 《对外贸易法》 .....	189
考点二 我国的贸易救济措施 .....	193
第二十讲 世界贸易组织 .....	206
考点一 世贸与关贸的联系与区别 .....	206
考点二 世界贸易组织的成员与法律框架 .....	206
考点三 世贸组织的机构设置与决策程序 .....	207
考点四 中国入世承担的特别义务 .....	208
考点五 世界贸易组织主要法律制度 .....	209
考点六 《服务贸易协定》 .....	210
考点七 争端解决机制 .....	211
第二十一讲 国际经济法领域的其他法律制度 .....	214
考点一 国际知识产权法 .....	214
考点二 国际投资法 .....	221
考点三 国际融资法 .....	224
考点四 国际税法 .....	226
附录 本书主要法律文件全、简称对照表 .....	228





# 第一章 国际公法

## 第一讲 导论

### 【本讲概要】

了解：国际法的特征及国际法的各项基本原则。

理解：国际法与国内法的关系的一般原理和典型实践。

熟悉：国际法的渊源，国际法在我国国内法律制度中的地位。

### 考点一 国际法的渊源

#### 考点解析

国际法的渊源只有三类：国际条约、国际习惯和一般法律原则。

#### 1. 国际条约

条约是现代国际法一项主要的渊源，是两个或两个以上国际法主体之间缔结的、以国际法为准的、规定当事方权利义务协议的协议。条约对缔约国有约束力。

#### 2. 国际习惯

国际习惯是国际法的另一个主要渊源，是指在国际交往中由各国前后一致地不断重复所形成的，并被广泛接受为有法律拘束力的行为规则或制度。国际习惯是不成文的，它出现于国际条约之前，是国际法最古老、最原始的渊源。国际习惯对所有国家都有约束力。

国际习惯的构成要素有两个：

(1) 物质要素或客观要素，即存在各国反复一致地从事某种行为的实践，形成惯例或常例。

(2) 心理要素或主观要素，它要求上述的重复一致的行为模式被各国认为具有法律拘束力，即存在所谓法律的确信。

一项国际习惯的确立可以从下列资料中得到证明：①国家间的各种文书和外交实践，如政府的声明、照会及其政府官员的讲话等；②国际组织和机构的各种文件，包括决议、判决等；③国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。

#### 3. 一般法律原则

一般法律原则，如“公允及善良”原则、特别法优于普通法原则、不当得利原则、违约导致赔偿义务原则等，这都是各国法律共有的原则。一般法律原则在国际关系中很少适

用，与国际条约和国际习惯相比并不占有重要地位，属于次要的国际法渊源。

注意：确立国际法原则的辅助方法：①权威的公法学家的学说；②司法判例；③国际组织的协议，这三类不是国际法的渊源。

### 真题演练

(四川 2008-1-31)<sup>①</sup> 甲、乙、丙、丁四国是海上邻国，2000 年四国因位于其海域交界处的布鲁兰海域的划分产生了纠纷。同年，甲国进入该区域构建了石油平台，并提出了划界方案；2001 年乙国立法机关通过法案，对该区域作出了划定；2002 年丙、丁两国缔结划界协定，也对该区域进行划定。2004 年某个在联合国拥有“普遍咨商地位”的非政府国际组织通过决议，提出了一个该区域的划定方案。上述各划定方案差异较大。根据国际法的相关原则和规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲国的行为不构成国际法中的先占，甲国的划界方案对其他国家没有拘束力
- B. 乙国立法机构的法案具有涉外性，构成国际法的一部分，各方都应受其拘束
- C. 丙丁两国缔结的协定是国际条约，构成国际法的一部分，对各方均有拘束力
- D. 上述非政府组织的决议，作为国际法的表现形式，对各方均有拘束力

## 考点二 国际法基本原则

### 考点解析

国际法基本原则具有以下基本特征：各国公认；适用于国际法律关系的所有领域；构成国际法体系的基础；具有强行法性质。内容来源主要有《联合国宪章》和和平共处五项原则。具体内容有：

#### 1. 国家主权平等原则

国家主权是指国家对内最高权、对外独立权和自保权。国家主权具有不可分割、不从属于外来意志的性质，是国家固有的。

国家主权平等原则就是国家在国际法律关系中地位完全平等，相互无管辖和支配的权利。它们平等地享有权利，承担义务和国际法律责任。因此，国家处理国际关系中应尊重别国的主权、政治独立和领土完整，不得破坏别国的主权、独立和领土完整。领土主权是国家主权的重要方面。

#### 2. 不干涉内政原则

内政是不违反国际法的、国家主权管辖范围内的事项，包括建立国家政权体制和建立社会、经济、教育、文化等制度，处理其立法、行政、司法事务，以及制订对外政策、开

<sup>①</sup> A. 国际法上的先占是指国家有意识地取得不在其他任何国家主权下土地的主权的的行为。先占必须具备两个条件：一是先占的对象必须为无主地，即不属于任何国家的土地，或被原属国家明确抛弃。二是先占应为“有效占领”，首先国家应具有取得该无主地主权的意思，并要公开地表现出来；其次国家须对该地采取实际的控制，包括采取立法、司法、行政措施，建立机构，标示主权等适当的行动。本案中，布鲁兰海域并非无主地，而是存在争议的土地，甲国建立石油平台，提出划界方案，并不构成先占。所以 A 项的说法是正确的，应当选。布鲁兰海域的主权归属，甲乙丙丁四国存在争议，因此，他们之中任何一国或两国单独制定的划界方案在没有得到其他国家的同意之前，对其他国家都不具有约束力。因此，BC 项说法错误。在联合国拥有“普遍咨商地位”的非政府组织不是布鲁兰海域的主权享有者，因此，它提出的划界方案对当事国更没有约束力，因此，D 项说法错误。





展对外交往所有的措施和行动。判断某一事项是否属于内政，要看其是否本质上属于国内管辖的事项及该事项中的行为是否违背已确立的国际法原则和规则。

注意：内政一般以领土为基础，但内政的范围不与领土范围完全相对应，判断某一行为是否属于一国内政要看它是否符合该国承担的国际义务。比如，一国在国内实施种族隔离，就不属于内政。

不干涉内政原则是指：①任何国家或国际组织，在国际关系中，不得以任何借口或任何方式直接或间接地干涉本质上属于任何国家国内管辖的事件，也不不得以任何方式强迫其他国家按照自己的意志行事，为自己的利益服务。②国际法允许国家在平等和自愿的基础上，根据国际条约或国际义务，对他国进行援助；也承认各国对他国违背国际法义务的行为有权采取相应的单独或集体的行动，但这些行动必须具有公认的法律根据并且应严格在国际法律框架中进行。以“人道主义”等为借口进行干涉活动，是没有国际法根据的。

### 3. 不使用威胁或武力原则

不使用威胁或武力原则是指国家在国际关系中，不得以任何借口进行侵略，不得以与国际法不符的任何其他方式使用武力或以武力相威胁，侵犯或破坏另一国的独立、主权和领土完整，不得以战争的方式解决国际争端。

这项原则的实质内容是：

(1) 禁止国家在处理国际关系中首先使用威胁或武力，特别是禁止侵略战争。联大的《关于侵略定义的决议》，非穷尽地列举了以下7项侵略行为。①武装部队侵入或攻击他国领土；由侵入或攻击造成的军事占领；使用武力吞并别国的任何领土；②以另一国的领土为对象使用任何武器；③封锁另一国的港口或海岸；④武装部队攻击他国的陆海空军、商船或民航机；⑤一国违反协定使用在别国驻扎的军队或违约延期驻扎；⑥提供领土由他国使用进行侵略行为；⑦以国家名义派遣武装团体、非正规军或雇佣军等。

(2) 国际法将侵略定为国际罪行，国家要承担责任。

(3) 国家还有义务禁止对侵略战争的宣传。

该原则并不禁止一切形式的武力使用，有两个例外：①自卫；②联合国集体安全体制下行动。

### 4. 和平解决国际争端原则

和平解决国际争端原则要求国家在交往中发生的任何争端，不论其起因或性质如何，只能用和平的方法解决，即用政治的或法律的方法或者由国际组织协助求得解决，而不得诉诸武力或以武力相威胁，避免危及国际和平与安全。1928年《巴黎非战公约》首次规定全面废弃战争作为实行国家政策工具，禁止使用战争作为解决国际争端的方式。

### 5. 民族平等和自决原则

民族平等和自决原则是指在帝国主义殖民统治和奴役下的被压迫民族有权自主决定自己的命运，摆脱殖民统治，建立民族独立国家的权利。

按照《联合国宪章》规定，所有民族都有平等的权利，自由地表达自己的意志，决定自己的命运，参与和从事政治、经济、文化等各项事务，各国均有义务尊重和促进这种平等权利的实现。

注意：民族自决原则中独立权的范围，只严格适用于殖民地民族的独立。

### 6. 善意履行国际义务原则

善意履行国际义务原则要求各国在国际交往中诚实地严格地履行国际法律义务，不论

是条约义务还是其他法律义务。只有如此,才能维护正常的国际秩序,维护各国的权益。对于联合国的成员国,《联合国宪章》特别规定了宪章的义务优先于其参加的其他国际条约中的义务。

### 真题演练

1. (2002-1-55)<sup>①</sup> 甲国是一个君主立宪制的国家,其下列行为中,哪些属于国际法上的国家内政范围,外国不得进行干涉?

- A. 甲国决定废除君主立宪制,改用共和制作为其基本政治制度
- B. 为解决该国存在的种族间的冲突,甲国通过立法决定建立种族隔离区
- C. 甲国决定邀请某个外国领导人来访
- D. 甲国决定申请参加某个政府间的国际组织

2. (四川 2008-1-32)<sup>②</sup> 2001 年,甲国新政府上台后,推行新的经济政策和外交政策,在国内外引起强烈反应。乙国议会通过议案,谴责甲国的政策,并要求乙国政府采取措施,支持甲国的和平反政府运动;同时乙国记者兰摩也撰写了措辞严厉的批评甲国政策的文章在丙国报纸上发表;甲国的邻国丁国暗自支持甲国的反政府武装的活动。根据上述情况和国际法的相关原则,下列哪一选项是正确的?

- A. 乙国记者的行为,涉嫌违反国际法
- B. 乙国议会的法案一旦被执行,则涉嫌违反国际法
- C. 丙国的行为涉嫌违反国际法
- D. 丁国的行为不涉嫌违反国际法

### 考点三

## 国际法在中国国内的适用问题

### 考点解析

#### 1. 原则

我国的宪法并没有相关规定,但实践中我国采纳的原则是:诚实履行我国承担的国际义务,保护我国的合法权利。在参与制定国际法时考虑我国的立场,制定国内法时,尊重我国所承担的国际法义务。

#### 2. 国际条约

(1) 直接适用:我国《民事诉讼法》第 237 条规定,享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或国际组织提起的民事诉讼,应依我国法律和缔结或参加的国际条约的规定办理。第 236 条规定,我国法律与缔结或参加的国际条约规定不同时,适用国际条约的规

<sup>①</sup> ACD。

<sup>②</sup> B。本题考核的是国际争端的解决方式。现代国际法确立了和平解决国际争端的基本原则,因此,传统的以干涉、战争、平时封锁等方法来解决国际争端的情况已经不符合国际法的要求了。本题中,乙国因甲国新政府的经济和外交政策而产生争端,因此,乙国采用干涉、支持甲国和平反政府运动的方式来报复甲国的方式是违反国际法的。因此,B 项正确。同理丁国暗自支持甲国的反政府武装的行为也是违反国际法的,因此,D 项错误。乙国的记者不是国际法的主体,因他的行为不构成违反国际法。因此,A 项说法错误。丙国本身没有对甲乙两国之间的争端发表或实施任何行为,因此,只是乙国的记者在其国内发表了相关的文章,这与本国国家本身的行为没有任何关系。因此,C 项说法错误。



定，但声明保留的除外。这种直接适用的做法多限于民商事范围内，取决于是否允许直接适用的国内法规定。

(2) 同时适用：通过制定国内法对条约规定的事项作出明确规定。例如，我国在 1975 年加入的 1961 年《维也纳外交关系公约》以及我国在 1979 年加入的 1963 年《维也纳领事关系公约》与我国 1986 年颁布的《外交特权与豁免条例》以及 1990 年颁布的《领事特权与豁免条例》同时适用。条例并不是两个公约的实施，只是对公约的补充立法，基本上是采纳公约，有些地方加以一定范围的扩充。

(3) 转化适用：1996 年《香港特别行政区基本法》第 39 条规定，公民权利和政治权利公约、经济社会文化公约以及劳工公约通过香港法律予以实施。

注意：目前一般认为，在民商事范围内，中国缔结的条约与国内法有不同规定的部分，在国内可以直接适用，但保留除外。如《民法通则》第 142 条第 2 款规定：中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。民商事以外的条约，能否直接适用，需要根据与该条约相关的法律规定，结合条约本身情况进行具体考察才能作出结论。

我国关于国际法和国内法关系问题上的实践正在发展中，2002 年 8 月 27 日《最高人民法院关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》是在这个方面的最新实践，该司法解释排除了 WTO 协议文件在中国法院的直接适用性。因此，WTO 规则协议在国内实施倾向于主要采取“转化”的方式。

### 3. 国际习惯

关于国际习惯在国内法的地位，《民法通则》第 142 条第 3 款规定，中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。第 150 条规定，按照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。这里的惯例包括有拘束力的国际习惯和没有拘束力的惯例，其适用排在国内法和条约之后，而且受到公共利益的限制。

## 真题演练

1. (2002-1-57)<sup>①</sup> 根据我国目前的法律和相关实践，对于国际条约在我国法律制度中的地位，下列哪些判断是错误的？

- A. 凡是我国缔结或参加的条约，都可以在国内作为国内法直接适用
- B. 在民法涉及的范围内，我国为当事国的条约规定与国内法的规定不同时，适用条约的规定，但我国缔结该条约时作出保留的条款除外
- C. 我国作为当事国的任何条约的规定，若与国内法的规定冲突时，在国内法院都直接并优先适用这些国际条约的规定，但我国缔结该条约时作出保留的条款除外
- D. 在民法涉及的范围内，在国际上所有已生效的民商事方面的国际条约的规定，如与我国国内法的规定冲突时，都优先适用国际条约的规定

2. (2006-1-92)<sup>②</sup> 甲公司是瑞士一集团公司在中国的子公司。该公司将 SNS 柔性防护技术引入中国，在做了大量的宣传后，开始被广大用户接受并取得了较大的经济效

<sup>①</sup> ACD。

<sup>②</sup> ACD。



益。原甲公司员工古某利用工作之便，违反甲公司保密规定，与乙公司合作，将甲公司的14幅摄影作品制成宣传资料向外散发，乙公司还在其宣传资料中抄袭甲公司的工程设计和产品设计图、原理、特点、说明，由此获得一定的经济利益。甲公司起诉后，法院根据《中华人民共和国著作权法》、《伯尔尼保护文学艺术作品公约》的有关规定，判决乙公司立即停止侵权、公开赔礼道歉、赔偿损失5万元。针对本案和法院的判决，下列何种说法是错误的？

A. 一切国际条约均不得直接作为国内法适用

B. 《伯尔尼保护文学艺术作品公约》可以视为中国的法律渊源

C. 《伯尔尼保护文学艺术作品公约》不是我国法律体系的组成部分，法院的判决违反了“以法律为准绳”的司法原则

D. 《中华人民共和国著作权法》和《伯尔尼保护文学艺术作品公约》分属不同的法律体系，法院在判决时不应同时适用

3. (2007-1-32)<sup>①</sup> 根据国际法有关规则和我国有关法律，当发生我国缔结且未作保留的条约条款与我国相关国内法规定不一致的情况时，下列哪一选项是正确的？

A. 如条约属于民事范围，则由全国人民代表大会常务委员会确定何者优先适用

B. 如条约属于民事范围，则优先适用条约的规定

C. 如条约属于民事范围，则由法院根据具体案情，自由裁量，以公平原则确定优先适用

D. 我国缔结的任何未作保留的条约的条款与中国相关国内法的规定不一致时，都优先适用条约的规定



---

<sup>①</sup> B。



## 第二讲 国际法律责任

### 【本讲概要】

了解：国际法主体的概念和范围，国际组织的性质和一般制度，国际法律责任的概念和主要形式。

理解：国家的构成要素与类型，关于国家承认与继承的规则，国家的基本权利，联合国体系，国际责任制度的新发展。

熟悉：国际法中国家的基本权利，管辖权和和主权豁免的规则，国际责任的归责原则、构成要件和对不当性排除的情况。

### 考点一 国际法主体

#### 考点解析

国际法主体的范围：

- (1) 主权国家（国际法基本主体）
- (2) 政府间国际组织
- (3) 正在争取独立的民族解放组织

### 考点二 国家

#### 考点解析

#### （一）国家的构成要素

1. 定居的居民。
2. 确定的领土。
3. 政府。
4. 主权。（作为国家固有的根本属性，是国家区别于其他实体的根本标志）

#### （二）现代国家的主要类型

1. 单一国。中国是单一制国家，中国香港、中国澳门、中国台湾都不具有国际法主体地位。

2. 复合国。联邦国家本身是国际法主体，其各成员单位没有国际法的主体地位。邦联的各成员是独立的主权国家，分别是国际法的主体，而邦联本身不是国际法主体。

#### （三）国家的基本权利

1. 独立权。独立权指国家依照自己的意志处理内外事务而不受他国控制和干涉的

权利。

2. 平等权。平等权指国家在参与国际法律关系时，不论大小强弱、发展水平，都具有平等的地位和资格，平等地享有国际法上的权利和承担国际法上的义务。主要表现在：国家在国际组织或国际会议中平等地享有代表权和投票权；国家平等地享有缔约权；国家平等地享有荣誉权；国家之间没有管辖权等等。

3. 自保权。自保权指国家采取防御及自卫措施保卫自己生存和独立不受侵犯的权利。它包括国防权和自卫权两方面的内容：

(1) 国防权是国家制定国防政策，进行国防建设，防备外来侵犯的权利。

(2) 自卫权是国家遭受外国武力进攻时，单独或与其他有关国家一起进行武力反击的权利。国家可以单独自卫，也可以实行集体自卫。

注意：自卫的前提必须是遭到了武装攻击，同时武力自卫还应符合必要性和成比例性的要求。

4. 管辖权。管辖权指国家通过立法、行政、司法等手段，对于特定的人、物和事件进行管理和处置的权利。

#### (四) 国家的管辖权与国家主权豁免

##### 1. 国家的管辖权

国家的管辖权主要体现为以下四个方面：

(1) 属地管辖权。又称属地优越权，是指国家对其领域内一切不享有特权与豁免权的人、事、物进行管辖的权利。(属地管辖权不适用于领域内依法享有特权与豁免的外国人或外国财产)

(2) 属人管辖权。或称国籍管辖权，是指国家对无论位于何地的具有本国国籍的自然人、法人或特定物（比如船舶、航空器等）进行管辖的权利。

(3) 保护性管辖权。特指国家对在该国域外犯有危害该国安全、领土完整、政治独立及其他重大政治、经济利益等罪行的外国人进行管辖的权利。这种管辖权的行使一般基于两个条件：①外国人在领土外的行为所侵害的是该国或其公民的重大利益，构成该国刑法规定之罪行或规定应处一定刑罚以上的罪行；②该行为根据行为地的法律同样构成应处刑罚的罪行（双重归罪）。保护性管辖权的行使有两种方式：①上述行为人进入该受害国境内被依法拘捕和管辖；②通过国家间对行为人的引渡实现受害国的管辖权。

(4) 普遍性管辖权。国家对任何人在任何地域所犯的严重危害国际社会普遍利益的国际罪行进行管辖的权利。目前，海盗罪、战争罪、破坏和平罪、违反人道罪等已被公认为国家普遍管辖权的对象。国家的普遍管辖权只能在本国管辖范围内或不属于任何国家管辖权的区域（比如公海）行使。

##### 2. 国家主权豁免

(1) 国家主权豁免。国家主权豁免是指国家的行为及其财产不受或免受他国管辖。但国际法明确规定不得豁免的情况除外，如从事某些国际罪行的情况。

国家主权豁免主要表现在司法豁免上，其中包括：①一国不对他国的国家行为和财产进行管辖；②一国的法院不受理以外国国家作为被告或外国国家行为作为诉由的诉讼，除非得到外国国家的同意；③一国不对外国国家的代表或国家财产采取司法执行措施。

(2) 国家豁免权的放弃。国家豁免权的放弃是指一国通过明示或默示方式自愿地在外国法院不援引其国家豁免，而就其特定行为或不行为接受外国法院地管辖。豁免的放弃可







以分为明示放弃和默示放弃两种。默示放弃指国家通过在外国法院的与特定诉讼直接有关的积极的行为，表示其放弃豁免而接受法院管辖，包括国家作为原告在外国法院提起诉讼、正式出庭应诉、提起反诉或作为诉讼利害关系人介入特定诉讼等。

注意：国家放弃管辖豁免必须自愿、明确、特定、明示或者默示都可以。①一国不能改变他国的豁免；②一国对某一特定事务的放弃豁免不能推导到其他事项；③从事商业活动不意味着豁免放弃；④对管辖豁免放弃并不意味执行豁免放弃。

## （五）国际法上的承认与继承

### 1. 国际法上的承认

（1）定义：国际法上的承认一般是指既存国家对于新国家、新政府或其他事态的出现，以一定的方式表示接受或同时表明愿意与其发展正常关系的政治和法律行为。

#### （2）承认的形式

明示承认指既有国家以明白的语言、文字表示的承认。一国可以通过正式通知、函电、照会、声明等单方面表述，也可以在缔结的条约或其他正式国际文件中明确表述予以承认。

默示承认指既有国家以足以表明其承认意向的实际行动表示的承认。主要包括：与承认对象缔结正式的政治性条约，与承认对象建立正式外交关系，与承认对象建立领事关系，倡议或投票赞成一个新国家加入只对国家开放的政府间国际组织等。除非明确表示，下列行为一般不认为构成默示承认：共同参加多边国际会议或国际条约；建立非官方或非完全外交性质的某种机构；某些级别和范围的官员接触等。

#### （3）承认的效果

就承认的政治效果而言，可以与承认国建立外交关系及缔结各类条约，特别是政治性条约。承认构成建交的前提，但建交并非承认的必然后果，承认是单方行为，建交是双方行为，承认后，有些国家在相当长的时期内并未建立外交关系。

#### （4）国家承认

国家的承认是指既有国家确立某一实体作为国际法意义上的国家而存在，并表示愿意将其视为国家而与其交往的行为。实践中，新国家产生的原因十分复杂，但主要有以下四种情形：①合并；②分离；③分立；④独立。

国家承认的法律条件有二：①新国家必须具备“国际法意义上的国家”的要素；②新国家的建立必须符合公认的国际法原则。

#### （5）政府承认

政府的承认是指既存国家对于别国的新政府产生的事实给予的确认，确认新政府具有代表其本国的正式资格，并愿意与新政府所代表的国家进行正常交往的行为。一般来说，只有一个现存国家内部由于剧烈的社会革命或政变，导致该国发生非宪法程序的政权更迭而产生的新政府才可能带来政府的承认问题。

注意：对中华人民共和国的承认就是对政府的承认。

### 2. 国际法上的继承

国际法上的继承是指在某些特定情况下，国际法上的权利和义务从一个承受者转向另一个承受者所发生的法律关系。

（1）条约的继承。一般与领土有关的“非人身性条约”，如有关领土边界、河流使用、水利灌溉、道路交通等条约，属于继承的范围；而与国际法主体人格有关的所谓“人

身性条约”，如参加国际组织的条约，以及政治性的条约，如和平友好、同盟互助、共同防御等条约，一般不予继承。

(2) 国家财产的继承。国家财产分为不动产和动产，并分别适用不同的继承原则：①不动产适用“随领土转移原则”，即凡位于继承所涉领土内的被继承国的国家不动产，都应转属继承国。②动产具有流动性，适用“所涉领土实际生存原则”，特定动产的继承与否应当以该动产是否与所涉领土居民的活动有关为依据，与所涉领土居民活动有关的被继承国的动产，不论其所处地理位置如何，应转属继承国。

国家财产继承本身不影响位于被继承国领土内的第三国的财产和利益。

(3) 国家档案的继承。国家档案作为国家的重要财富，需要保持完整性，一般不可分割，但可以复制以供使用。在国际实践中，关于国家档案的继承，通常通过有关国家间协议来解决。如没有协议，一般将所涉领土有关的档案转属继承国。

(4) 国家债务的继承。国家债务是指一国对他国、国际组织或其他国际法主体所承担的任何财政义务。①国债：国家整体所负的债务，应继承；②地方化债务：以国家的名义承担而事实上仅用于国内某个地方的债务，应继承；③地方债务：国家的地方行政当局以自己的名义对外承担的债务，不继承；④恶债，即违反国际法基本原则或违背继承国根本利益而承担的债务，如征服债务或战争债务等，原则上也不予继承。

国家债务继承的一般原则是“债务随财产一并转移”。

### 真题演练

1. (2000-1-61)<sup>①</sup> 甲国和乙国合并成立丙国，下列选项中哪些属于丙国政府应该继承的债务？

- A. 甲国政府向丁国政府所贷款项
- B. 甲国政府关于甲国南方省水利项目向丁国政府所贷款项
- C. 乙国北方省政府向丁国政府所贷款项
- D. 乙国东方公司向丁国政府所贷款项

2. (2002-1-15)<sup>②</sup> 甲国与乙国相邻，为谋求共同发展，多年来，两国间签署了若干个双边协议。后甲国分立为东甲和西甲两国。现问，如果所涉各方之间尚没有新的相关协议达成，那么，根据国际法中有关国家继承的规则，对于东甲和西甲两国，下列哪项条约可以不予继承？

- A. 甲乙两国间的大陆架划界条约
- B. 甲乙两国界河航行使用协定
- C. 甲乙两国和平友好共同防御条约
- D. 甲乙两国关于界湖水资源灌溉分配协定的

3. (2003-1-57)<sup>③</sup> 甲国政府与乙国“绿宝”公司在乙国订立了一项环保开发合同，合同履行过程中出现纠纷。“绿宝”公司以甲国政府没有及时按照合同支付有关款项为由诉至乙国法院，甲国政府派代表向法院阐述了甲国一贯坚持的绝对豁免主义立场。如果乙国是采取相对豁免主义的国家，根据目前的国际法规则和实践，下列哪些表述是正确的？

- ① AB。
- ② C。
- ③ BC。



A. 甲国政府订立上述合同行为本身, 是一种商业活动, 已构成对其国家豁免权的放弃, 乙国法院可以管辖

B. 甲国政府派代表向法院作出说明, 这一事实不意味着甲国已放弃在此诉讼中的国家豁免权

C. 即使甲国在其他案件上曾经接受过乙国法院的管辖, 也不能意味着, 乙国法院在此案中当然地可以管辖

D. 乙国法院作出缺席判决后, 甲国要求乙国宣布该判决无效。甲国这一行为表明, 甲国此前已接受了乙国法院的管辖

4. (2005-1-78)<sup>①</sup> S 国是一个新成立的国家。其成立后, 甲国代表向联合国大会提案支持 S 国成为联合国的会员国; 乙国与 S 国签署了两国互助同盟友好条约; 丙国允许 S 国在其首都设立商业旅游服务机构; 丁国与 S 国共同参加了某项贸易规则的多边谈判会议。根据国际法的有关规则, 上述哪些国家的行为构成对 S 国的正式承认?

A. 甲国

B. 乙国

C. 丙国

D. 丁国

5. (2008-1-33)<sup>②</sup> 甲国与乙国 1992 年合并为一个新国家丙国。此时, 丁国政府发现, 原甲国中央政府、甲国南方省, 分别从丁国政府借债 3000 万美元和 2000 万美元。同时, 乙国元首以个人名义从丁国的商业银行借款 100 万美元, 用于乙国 1991 年救灾。上述债务均未偿还。甲乙丙丁四国没有关于甲乙两国合并之后所涉债务事项的任何双边或多边协议。根据国际法中有关原则和规则, 下列哪一选项是正确的?

A. 随着一个新的国际法主体丙国的出现, 上述债务均已自然消除

B. 甲国中央政府所借债务转属丙国政府承担

C. 甲国南方省所借债务转属丙国政府承担

D. 乙国元首所借债务转属丙国政府承担

### 考点三 国际组织

#### 考点解析

##### (一) 政府间国际组织

政府间国际组织主要介绍联合国体系。

##### 1. 主要机关

(1) 联合国大会。大会由全体会员国组成, 具有广泛的职权, 可以讨论宪章范围内或联合国任何机关的任何问题, 但安理会正在审议的除外。大会不是一个立法机关, 而主要是一个审议和建议机关。

大会表决实行会员国一国一票制。对于一般问题的决议采取简单多数通过; 对于重要问题决议采取 2/3 多数通过。上述重要问题包括: 与维持国际和平与安全相关的建议, 安全理事会、经社理事会和托管理事会中需经选举的理事国的选举; 新会员国接纳; 会员国权利中止或开除会籍; 实施托管的问题; 联合国预算及会员国应缴费用的分摊等。

<sup>①</sup> AB。

<sup>②</sup> B。





(2) 安全理事会。安理会由 5 个常任理事国和 10 个非常任理事国组成。每个理事国有 1 个代表。常任理事国是不经选举和永久担任的，它由中国、法国、俄罗斯、英国、美国组成。非常任理事国由联合国大会采取竞选方式选举产生，席位按地域分配，任期 2 年，每年改选 5 个，不得连选连任。

安理会是联合国组织体系中唯一有权采取行动来维持国际和平与安全的机关。其职权主要表现为：①促使争端和平解决。②制止侵略行为。可采取必要的武力行动，以维持和恢复国际和平与安全。③其他方面，负责拟定军备管制方案；托管；执行国际法院的判决；新会员接纳、秘书长推荐等方面的职能。

每一理事国有一投票权。关于程序性事项的决定，则以任何九个理事国的可决票决定。实质性问题的决议应以包括全体常任理事国在内的 9 个同意票通过，又称为“大国一致原则”，任何一个常任理事国都享有否决权。关于和平解决争端的决议，作为争端当事国的理事国不得投票。但有关采取执行行动的决议，其可以投票，而且常任理事国可以行使否决权。实践中，常任理事国的弃权或缺席不被视为否决，不影响决议的通过。当对于一个事项是否为程序性事项发生争议，同样按照“大国一致”表决方式决定。常任理事国在安理会表决中的上述权利也被称为“双重否决权”。安理会的决定，对于当事国和所有的成员国都具有拘束力。

(3) 经济与社会理事会。由 54 个理事国组成，每届任期 3 年，可以选任。经社理事国的职权主要有：就国际经济、社会、文化、教育、卫生、人权等事项提出建议。拟订公约草案和召开国际会议，专门机构建立关系并协调其工作等。

(4) 托管理事会。托管理事会是联合国负责监督非战略地区托管领土行政管理的机关。但 1994 年随着托管协定全部终止，托管理事会已完成其使命。

(5) 国际法院。国际法院是联合国的司法机关，有关内容在专题七中讲述。

(6) 秘书处。由秘书长、副秘书长和秘书长助理等组成，秘书长是联合国的行政首长，由安理会推荐，并经大会简单多数票通过后委任，任期 5 年可以连任。

秘书处是管理联合国组织日常事务的常设性行政管理机关，其任务是为联合国其他机构服务，并执行这些机构制定的方案和政策。

## 2. 专门机构

联合国专门机构是根据政府间缔结的协定成立的，在经济、社会、文化、教育、卫生等特定领域内负有责任，并通过与联合国经社理事会缔结的协定与联合国建立合作关系的专门性国际组织。

联合国专门机构有以下基本特征：

(1) 是政府间的国际组织，非政府国际组织不能成为联合国专门机构。

(2) 职能限于经济、社会等某一特定领域。一般性国际组织和政治性、军事性的国际组织不能成为联合国专门机构。

(3) 具有普遍性，区域性国际组织不能成为联合国专门机构。

(4) 与联合国具有法律联系。

通过与联合国经社理事会订立协定，成为联合国的专门机构的 16 个，而国际原子能机构未与经社理事会缔结协定，而是与联合国大会订立协定，并向大会和安理会提交报告，但在实践中，其被作为联合国专门机构来对待。

## （二）非政府间国际组织

1. 非政府间国际组织的主要特点有：①跨国性；②非政治性和非政府性；③非营利性；④志愿性。非政府间国际组织的成立及其活动，目前主要是由各相关国家的国内法加以规范。非政府间国际组织不是国际法的主体。

2. 联合国与一些非政府间国际组织的联系机制。根据《联合国宪章》及有关决议，联合国经社理事会通过给予一些非政府组织“咨商地位”的方式，与一些重要的非政府间国际组织建立了联系。经社理事会给予非政府间国际组织的咨商地位分为三种：①普通咨商地位；②特别咨商地位；③注册咨商地位。

### 真题演练

1. (2006-1-29)① 2006 年是联合国秘书长的换届年，联合国将依据《联合国宪章》选举产生新任秘书长。根据《联合国宪章》，对于秘书长的选举程序，下列哪一表述是正确的？

- A. 由联合国安理会采取关于程序性事项的投票程序，直接表决选出秘书长
- B. 由联合国大会直接选举，大会成员 2/3 多数通过
- C. 由安理会采取实质性事项表决程序推荐秘书长候选人，经联合国大会以简单多数表决通过
- D. 由安理会采取程序性事项表决程序推荐秘书长候选人，经联合国大会表决获 2/3 多数通过

2. (2006-1-31)② 甲、乙两国为陆地邻国。由于边界资源的开采问题，两国产生了激烈的武装冲突，战火有进一步蔓延的趋势。甲、乙均为联合国成员国。针对此事态，如果拟通过联合国安理会采取相关措施以实现停火和稳定局势，那么，根据《联合国宪章》有关规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 只有甲、乙两国中的任一国把该事项提交安理会后，安理会才有权对该事项进行审议
- B. 在对采取措施的决议草案进行表决时，若获得全体理事国中 1/2 多数的同意，其中包括常任理事国的一致同意，该决议即被通过
- C. 在对采取措施的决议草案进行表决时，安理会常任理事国中任何一国投弃权票，不妨碍该决议的通过
- D. 只有得到甲、乙两国的分别同意，安理会通过的上述决议才能对其产生拘束力

① C。

② C。安理会是联合国在维持国际和平与安全方面负主要责任的机关，也是联合国中唯一有权采取行动的机关。安理会的重要职权包括：促使争端和平解决，制止侵略行为。安理会的职权之一就是促使争端的和平解决，它可以依职权主动采取相关措施以实现停火和稳定局势。故 A 错误；联合国宪章将安理会表决事项分为程序性事项和非程序性事项。安理会的每一个理事国有一个投票权。程序性事项的表决采取 9 个同意票即可通过。对程序性事项以外的一切事项，都需要经包括 5 个常任理事国在内的 9 个理事国同意才能通过，因此称为“大国一致”的原则，即任何一个常任理事国都不投反对票。而安理会做出采取相关措施以实现停火和稳定局势决定属于非程序性事项。因此要求包括 5 个常任理事国在内的 9 个理事国一致同意，故 B 错误；实践中，常任理事国的弃权或缺席不视为否决，不影响决议的通过。故 C 正确。安理会为制止和平的破坏、和平的威胁和侵略行为而作出的决定，以及依照宪章规定的其他职能作出的决定，对当事国和所有成员国都具有约束力，不论该国是否同意。故 D 错误。故本题答案为 C。





3. (2009-1-31)<sup>①</sup> 由于甲国海盗严重危及国际海运要道的运输安全,在甲国请求下,联合国安理会通过决议,授权他国军舰在经甲国同意的情况下,在规定期限可以进入甲国领海打击海盗。据此决议,乙国军舰进入甲国领海解救被海盗追赶的丙国商船。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 安理会无权作出授权外国军舰进入甲国领海打击海盗的决议
- B. 外国军舰可以根据安理会决议进入任何国家的领海打击海盗
- C. 安理会的决议不能使军舰进入领海打击海盗成为国际习惯法
- D. 乙国军舰为解救丙国商船而进入甲国领海属于保护性管辖

4. (2006-1-78)<sup>②</sup> “恐龙国际”是一个在甲国以非营利性社会团体注册成立的组织,成立于1998年,总部设在甲国,会员分布在20多个国家。该组织的宗旨是鼓励人们“认识恐龙,回溯历史”。2001年,“恐龙国际”获得联合国经社理事会注册咨商地位。现该组织试图把活动向乙国推广,并准备在乙国发展会员。依照国际法,下列哪些表述是正确的?

- A. 乙国有义务让“恐龙国际”在乙国发展会员
- B. 乙国有权依照其本国法律阻止该组织在乙国的活动
- C. 该组织在乙国从事活动,必须遵守乙国法律
- D. 由于该组织已获得联合国经社理事会注册咨商地位,因此,它可以被视为政府间的国际组织

## 考点四 国际责任的构成

### 考点解析

#### 1. 国际责任的构成

国际不法行为必须具备主观和客观两要件:

(1) 主观要件,即某一行为依国际法的规定可以被视为该国的国家行为。用什么标准衡量一个行为是否属于国家行为,那就是看一个行为是否代表国家的旨意。

能归因于国家的行为包括:①国家机关的行为;②经授权行使政府权力的实体的行为;③实际代表国家行事的人的行为;④别国或国际组织交与一国支配的机关的行为;⑤国家机关或经授权的人的行为,包括其越权行为;⑥叛乱机关的行为;⑦数国的共同行为;⑧国家当局暂不存在的行为(当一国发生内乱、政变或被外国占领等情况下,可能出现政府当局瓦解或不能实际履行职务。这时,一个人或一群人在政府当局不存在或缺席;同时需要行使政府权力要素;事实上正在行使政府的权力要素的行为)。

另外注意以下两种:国家纵容下的私人行为和特殊地位的人的私人行为(如国家元首、外交部长的私人行为)也可以归因于国家行为。

① C。选项A错误。安理会有权在维护国际和平与安全方面做出决议,采取行动。本题中的甲国海盗严重危及国际运输安全,且有甲国的请求,因此,安理会有权作出此授权。选项B错误。只有在某国领海的海盗危及国际和平与安全的情况下,安理会才能作出决议,不是对任何国家领海的海盗都能作出决议授权外国军舰进行打击的。选项C正确。国际习惯法的构成有两个要素:一是物质要素,即存在各国重复一致的行为;二是心理要素,即重复一致的行为模式被各国认为具有法律拘束力。不能仅仅因为安理会的一项决议使一项行为模式成为国际习惯法。选项D错误。保护性管辖必须针对侵害本国或本国公民重大利益的行为,而乙国军舰为解救丙国商船不属于保护性管辖。

② BC。





(2) 客观要件，即一国的行为违背了该国承担的有效国际义务。

注意：此部分的考点和难点集中于对“行为或不行为依国际法归于一国”的判定，特别是国家机关、国家机关工作人员的职务行为与私人行为、国家元首和政府首脑的私人行为、叛乱团体的行为、实际上代表国家行事的人的行为、普通私人的行为在何种情形下可以被认为是“可归因于国家的行为”，主要就看他们的行为是否代表国家的旨意，国家对此行为有否纵容。

## 2. 排除不当性的情况

排除国家行动的非法性就排除了国家责任。

- (1) 同意。
- (2) 对抗与自卫。
- (3) 不可抗力和偶然事故。
- (4) 危难或紧急状态。

## 3. 国际责任的形式

行为者承担的国际不法行为责任依其不法行为的程度和其他具体情况有所不同，包括：

- (1) 终止不当行为。
- (2) 恢复原状。
- (3) 赔偿。
- (4) 道歉。
- (5) 保证不再重犯。
- (6) 限制主权（最重）。

## 4. 国际责任制度的新发展

### (1) 国际刑事责任问题

“二战”以后进行的纽伦堡审判和东京审判，对于从事严重违反国际法的国际罪行的国家，在国家承担国家责任的同时，也追究负有责任国家的领导人的个人刑事责任，即创立了“双罚制度”。1998年的《国际刑事法院规约》也规定，对于犯有灭绝种族罪、反人类罪、战争罪和侵略罪等四种国际社会认为最严重的国际罪行的个人行使管辖权并追究个人的刑事责任。

### (2) 国际赔偿责任问题

由于科学技术的发展，国家从事的某些开发或实验性活动，如核能利用、航空航天等，虽然是国际法不禁止的，但存在着巨大的潜在危险，一旦发生事故，受害国有权要求加害国给予合理的赔偿，这就是国际损害责任。

国际损害责任也可以称为国际法不加禁止行为责任，它是国际法主体从事国际法不加禁止的活动中造成损害所应承担的国际责任。

现在赔偿制度一般有三类：①国家责任制度，即由国家承担对外国损害赔偿的责任，比如《空间物体造成损害的国际责任公约》。②双重责任制度，即国家与营运人共同承担对外国损害的赔偿责任，比如《关于核损害的民事责任的维也纳公约》和《核动力船舶经营人公约》规定，国家保证营运人的赔偿责任，并在营运人不足赔偿的情况下，对规定的限额进行赔偿。③营运人赔偿。

1. (2000-1-25)<sup>①</sup> 甲国发生的叛乱运动已被甲国政府和国际社会承认为叛乱团体。该叛乱在其控制的一些地区, 强行掠夺或占用外国侨民和外国国家的财产。根据国际法, 下列关于甲国政府是否承担责任的说法是哪个是正确的?

- A. 承担直接责任
- B. 承担间接责任
- C. 甲国政府和叛乱团体共同承担直接责任
- D. 不承担责任

2. (2002-1-16)<sup>②</sup> 甲国某船运公司的一艘核动力商船在乙国港口停泊时突然发生核泄漏, 使乙国港口被污染, 造成严重损害后果。甲乙两国都是《关于核损害的民事责任公约》及《核动力船舶经营人公约》的缔约国, 根据上述公约及有关规则确定, 乙国此时应得到 7800 万美元的赔偿, 但船运公司实际赔偿能力最多只能负担 5000 万美元。对此事件, 根据国际法上的国家责任制度, 甲国国家对乙国承担的义务是什么?

- A. 甲国国家应承担全部 7800 万美元的赔付
- B. 甲国有义务在保证船运公司赔付乙国 5000 万美元的同时, 船运公司无力赔付的其余 2800 万美元, 由甲国政府先行代为赔付
- C. 甲国有义务保证督促船运公司进行赔偿, 但以船运公司能够负担的实际赔偿能力为限, 即只能赔付 5000 万美元, 其余 2800 万美元可以不予赔付
- D. 由于该行为不是甲国国家所从事, 故甲国国家不需就此事件承担任何义务

3. (2004-1-30)<sup>③</sup> 甲国警察布某, 因婚姻破裂而绝望, 某日持枪向路人射击。甲国警方迅速赶到事发现场, 采取措施控制事态并围捕布某。布某因拒捕被击毙。但布某的疯狂射击造成数人死亡, 其中包括乙国驻甲国参赞科某。根据国际法的有关规则, 就该参赞的死亡, 下列判断哪一项是正确的?

- A. 甲国国家应承担直接责任
- B. 甲国国家应承担间接责任
- C. 甲国国家应承担连带责任
- D. 甲国国家没有法律责任

4. (2005-1-29)<sup>④</sup> 甲乙两国于 1996 年签订投资保护条约, 该条约至今有效。2004 年甲国政府依本国立法机构于 2003 年通过的一项法律, 取消了乙国公民在甲国的某些投资优惠, 而这些优惠恰恰是甲国按照前述条约应给予乙国公民的。针对甲国的上述作法, 根据国际法的有关规则, 下列哪一项判断是正确的?

- A. 甲国立法机构无权通过与上述条约不一致的立法
- B. 甲国政府的上述做法, 将会引起其国际法上的国家责任
- C. 甲国政府的上述做法如果是严格依据其国内法作出的, 则甲国不承担国际法上的国家责任
- D. 甲国如果是三权分立的国家, 则甲国政府的上述行为是否引起国家责任在国际法上尚无定论

- 
- ① D。
  - ② B。
  - ③ D。
  - ④ B。





## 第三讲 国际法上的空间划分

### 【本讲概要】

了解：国际法上空间划分的基本依据和特点，国际环境法的基本原则。

理解：各个区域的范围与相互联系，领土的取得方式，边界和边境制度，两极地区的法律地位，国际法环境保护的主要制度。

熟悉：有关领土、海洋、航空和外空等各领域的主要国际法规则和制度。

### 考点一 领土

#### 考点解析

#### （一）领土和领土主权

1. 领土的构成：领陆、领水、领空和底土。

2. 领土主权。国家的领土主权，是指国家对领土享有最高的权利，一是对领土的所有权，二是国家享有排他的领土管辖权。

3. 领土主权的限制。领土主权具有的排他性不是绝对的，要受国际条约或国际习惯法规定的限制，包括两种情况：

（1）适用于一切国家或者大多数国家的一般性限制。例如：外交代表在接受国内享有外交特权和豁免等等。

（2）适用于特定国家的根据条约产生的对其领土主权施加的特殊限制，传统国际法中，属于特殊限制的形式主要有四种：①共管；②租借；③势力范围；④国际地役。

注意：因为势力范围是违背现代国际法的，目前已被废弃。

#### （二）领土的取得方式

##### 1. 传统国际法的方式

（1）先占。国家有意识地取得当时不在其他任何国家主权之下的土地的主权行为。

注意：首先，先占的对象必须为无主地，是指不属于任何国家所有的土地；其次，先占的内容是真实的占领，国家应具有取得该无主地主权的意思，并且须对该地适当行使或表现其主权。

（2）时效。时效是指国家占有他国部分领土，在相当长时期内不受干扰的占有，即和平地行使管辖权而取得该领土的主权。

（3）添附。添附是指由于自然形成或人造的新土地出现而使得国家领土增加。

（4）割让。割让是指一国根据条约将本国的部分领土主权转移给另一个国家。

（5）征服。征服是指一国直接以武力占有他国领土的全部或一部，并将其纳入自己的

版图从而取得该土地的主权。征服是以战争的合法性为基础的，它已被现代国际法所废弃。

## 2. 现代国际实践中的新方式

(1) 全民投票。又称全民公决，即某一领土上的居民进行全民投票以决定该领土主权的归属。

(2) 恢复领土主权，是指国家收回以前被别国非法占有的领土，恢复本国对有关领土的历史性权利。

## (三) 边界和边境制度

### 1. 边界

边界也称国界，是划分一国领土与他国领土，一国领土与公海或专属经济区，以及一国领空与外层空间的界限。

国家边界的形成基本有历史边界、条约边界和继承边界三种情况。

在现代国际法中，国家之间划分边界的通常做法就是签订边界条约，根据边界条约划界一般要经过定界、标界和制定边界文件三个步骤。

### 2. 边境

边境或边境地区是指边界线相邻的一定区域。各国一般通过国内法和双边协议建立特殊的管理制度，即边境制度。通常包括以下内容：

(1) 边界标志的维护。双方都应采取必要的措施防止界标被移动、损坏和灭失。若一方发现界标被移动、损坏和灭失，应尽快通知另一方，在双方代表在场的情况下修复或重建。国家有责任对移动和损毁界标的行为给予严厉惩罚。

(2) 界水及边境土地的管理和利用。国家对本国边境地区的土地享有主权，但是在行使权利的时候，不得损害对方国家的利益。具体而言，国家不得在边境地区建立可能对另一国境内造成污染的工厂或从事可能造成污染的活动；不得在靠近边界的地区设立靶场或进行任何可能危及对方居民及财产安全的武器试验或演戏；如遇边境地区森林火灾，国家应尽力扑救并控制火势，不使火灾蔓延到对方境内。对于界水，沿岸国对界水有共同的使用权，但是行使权利不得损害邻国的利益：不得采取可能使河流枯竭或泛滥的措施，更不得单方故意改变河道；渔民只能在界水的本国一侧捕鱼；相邻国家在界水上享有平等的航行权，不受航道中心线的限制，船舶航行时应该具有明显的国籍标志；除遇难或有其他特殊情况外，一方船舶未经允许不得在对方靠岸停泊；国家如欲在水上建筑桥梁、堤坝等，应取得另一方同意；国家还应注意保护界水水质，有效控制本国一侧的污染源，以免污染界水。

(3) 边境居民往来。相邻国家一般都在从事探亲访友、朝圣、就医或小额贸易活动等方面给予双方边民一些特殊的方便。

(4) 边境事件的处理。相邻国家通常通过协议，由双方代表成立处理边境地区事项的机构，专门处理上述边境和边民有关的问题，如偷渡、违章越界、损害界标等事项。

## (四) 南极地区的法律地位

法律上的南极地区是指南纬 60 度以南的地区，包括南极洲大陆及其沿海岛屿和海域。1959 年，当时进行南极活动的 12 个主要国家，签署了《南极条约》，该条约于 1961 年生效。中国于 1983 年加入《南极条约》。我国 1984 年开始独立的南极考察活动，于 1985



年、1989 年在南极分别建立了中国南极长城、中山两个考察站。

目前南极地区法律制度的内容主要包括：

- (1) 南极只用于和平目的；
- (2) 科学考察自由；
- (3) 冻结对南极的领土要求。即维持南极现状，在条约有效期内，缔约国不得对南极提出新的领土主权要求或者扩大现有的要求；
- (4) 维持南极地区的公海制度；
- (5) 保护南极环境与资源；
- (6) 建立南极协商会议制度。

## 真题演练

1. (2002 - 1 - 56)① 甲乙两国是陆地邻国。甲国边防人员在例行巡逻时，发现本国一些牧民将一座界碑擅自移动，将另一座界碑毁坏。根据国际法的有关规则和制度，下列哪些判断是正确的？

- A. 甲国巡逻人员应将被移动的界碑移回到甲国认定的界碑原处
- B. 如本国的肇事者逃过边界，甲国巡逻人员可以进入乙国追拿这些肇事者
- C. 甲国有义务惩办这些擅移界碑的本国牧民
- D. 甲国应尽快通知乙国，并在甲乙两国代表都在场的情况下将界碑恢复原状

2. (2004 - 1 - 29)② 八角岛是位于乙国近海的本属于甲国的岛屿。40 年前甲国内战时，乙国乘机强占该岛，并将岛上的甲国居民全部驱逐。随后乙国在国内立法中将该岛纳入乙国版图。甲国至今一直主张对该岛的主权，不断抗议乙国的占领行为并要求乙国撤出该岛，但并未采取武力收复该岛的行动。如果这种实际状态持续下去，根据国际法的有关规则，下列判断哪一项是正确的？

- A. 根据实际统治原则，该岛在乙国占领 50 年后，其主权就归属乙国
- B. 根据时效原则，该岛在乙国占领 50 年后，其主权将归属乙国
- C. 根据实际统治和共管原则，乙国占领该岛 50 年后，该岛屿主权属于甲乙国共有
- D. 根据领土主权原则，即使乙国占领该岛 50 年后，该岛屿主权仍然属于甲国

3. (2006 - 1 - 30)③ 风光秀丽的纳列温河是甲国和乙国的界河。两国的边界线确定为该河流的主航道中心线。甲乙两国间没有其他涉及界河制度的条约。现甲国提议开发纳列温河的旅游资源，相关旅行社也设计了一系列界河水上游项目。根据国际法的相关原则和规则，下列哪一项活动不需要经过乙国的同意，甲国即可以合法从事？

- A. 在纳列温河甲国一侧修建抵近主航道的大型观光栈桥
- B. 游客乘甲国的旅游船抵达乙国河岸停泊观光，但不上岸
- C. 游客乘甲国渔船在整条河中进行垂钓和捕捞活动
- D. 游客乘甲国游船在主航道上沿河航行游览

4. (2006 - 1 - 79)④ 先占是国际法中国家获得领土主权的一种方式。根据现代国际

① CD。  
② D。  
③ D。  
④ ABCD。



法的有关规则，下列哪些选项已经不能被作为先占的对象？

- A. 南极地区
- B. 北极地区
- C. 国际海底区域
- D. 月球

5. (2007-1-30)<sup>①</sup> 亚金索地区是位于甲乙两国之间的一条山谷。18 世纪甲国公主出嫁乙国王子时，该山谷由甲国通过条约自愿割让给乙国。乙国将其纳入本国版图一直统治至今。2001 年，乙国发生内乱，反政府武装控制该山谷并宣布脱离乙国建立“亚金索国”。该主张遭到乙国政府的强烈反对，但得到甲国政府的支持和承认。根据国际法的有关规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 国际法中的和平解决国际争端原则要求乙国政府在解决“亚金索国”问题时必须采取非武力的方式
- B. 国际法中的民族自决原则为“亚金索国”的建立提供了充分的法律根据
- C. 上述 18 世纪对该地区的割让行为在国际法上是有效的，该地区的领土主权目前应属于乙国
- D. 甲国的承认，使得“亚金索国”满足了国际法上构成国家的各项要件？

6. (2007-1-34)<sup>②</sup> 奥尔菲油田跨越甲乙两国边界，分别位于甲乙两国的底土中。甲乙两国均为联合国成员国，且它们之间没有相关的协议。根据有关的国际法规则和国际实践，对油田归属与开发，下列哪一选项是正确的？

- A. 该油田属于甲乙两国的共有物，其中任何一国无权单独进行勘探和开采
- B. 该油田位于甲乙两国各自底土中的部分分属甲国、乙国各自所有
- C. 该油田的开发应在联合国托管理事会监督下进行
- D. 无论哪一方对该油田进行开发，都必须与另一方分享所获的油气收益

## 考点二 海洋法

### 重点法条

#### 《领海及毗连区法》

第三条 中华人民共和国领海的宽度从领海基线量起为十二海里。

中华人民共和国领海基线采用直线基线法划定，由各相邻基点之间的直线连线组成。

中华人民共和国领海的外部界限为一条其每一点与领海基线的最近点距离等于十二海里的线。

第四条 中华人民共和国毗连区为领海以外邻接领海的一带海域。毗连区的宽度为十二海里。

中华人民共和国毗连区的外部界限为一条其每一点与领海基线的最近点距离等于二十四海里的线。

第六条 外国非军用船舶，享有依法无害通过中华人民共和国领海的权利。

外国军用船舶进入中华人民共和国领海，须经中华人民共和国政府批准。

① C。

② B。





第七条 外国潜水艇和其他潜水器通过中华人民共和国领海，必须在水面航行，并展示其旗帜。

第十三条 中华人民共和国有权在毗连区内，为防止和惩处在其陆地领土、内水或者领海内违反有关安全、海关、财政、卫生或者入境出境管理的法律、法规的行为行使管制权。

第十四条 中华人民共和国有关主管机关有充分理由认为外国船舶违反中华人民共和国法律、法规时，可以对该外国船舶行使紧追权。

追逐须在外国船舶或者其小艇之一或者以被追逐的船舶为母船进行活动的其他船艇在中华人民共和国的内水、领海或者毗连区内时开始。

如果外国船舶是在中华人民共和国毗连区内，追逐只有在本法第十三条所列有关法律、法规规定的权利受到侵犯时方可进行。

追逐只要没有中断，可以在中华人民共和国领海或者毗连区外继续进行。在被追逐的船舶进入其本国领海或者第三国领海时，追逐终止。

本条规定的紧追权由中华人民共和国军用船舶、军用航空器或者中华人民共和国政府授权的执行政府公务的船舶、航空器行使。

### 【关联法条】

#### 《专属经济区和大陆架法》

第二条 中华人民共和国的专属经济区，为中华人民共和国领海以外并邻接领海的区域，从测算领海宽度的基线量起延至二百海里。

中华人民共和国的大陆架，为中华人民共和国领海以外依本国陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土；如果从测算领海宽度的基线量起至大陆边外缘的距离不足二百海里，则扩展至二百海里。

第四条 中华人民共和国为勘查大陆架和开发大陆架的自然资源，对大陆架行使主权权利。

中华人民共和国对大陆架的人工岛屿、设施和结构的建造、使用和海洋科学研究、海洋环境的保护和保全，行使管辖权。

中华人民共和国拥有授权和管理为一切目的在大陆架上进行钻探的专属权利。

本法所称大陆架的自然资源，包括海床和底土的矿物和其他非生物资源，以及属于定居种的生物，即在可捕捞阶段在海床上或者海床下不能移动或者其躯体须与海床或者底土保持接触才能移动的生物。

第十一条 任何国家在遵守国际法和中华人民共和国的法律、法规的前提下，在中华人民共和国的专属经济区享有航行、飞越的自由，在中华人民共和国的专属经济区和大陆架享有铺设海底电缆和管道的自由，以及与上述自由有关的其他合法使用海洋的便利。铺设海底电缆和管道的路线，必须经中华人民共和国主管机关同意。

### 考点解析

#### （一）内海及有关制度

##### 1. 领海基线

领海基线是一国领陆或内水与领海的分界线，也就是测量领海宽度的起算线，其向陆





的一面海域为内海，向海的一面为领海。

## 2. 内海及港口制度

内海包括内陆水、海港、内海湾、内海峡、河口以及领海基线与海岸之间的其他海域。沿海国对内海具有完全排他的主权，拥有支配和管辖权，对其资源具有专属的开发利用和管理权。

海湾是指海洋深入到陆地而形成的水曲。从国际法角度，水曲的面积不小于其封口线为直径的半圆面积时，该水曲才视为海湾。内海湾是指沿岸属于一国，且其天然湾口两端的低潮点之间的连线不大于24海里的海湾。超过24海里的则为非内海湾，其24海里直线基线应划在湾内，直线基线以内的水域才是内水。

但是历史性海湾作为内海湾不受此限制。历史性海湾是指海岸属于一国、湾口宽度超过24海里，但沿岸国对其享有历史上的权利并一向被承认为内水的海湾。

历史性海湾需要两个条件：①沿岸国已长期将该海湾作为内水行使主权；②其他国家对该项控制的事实已长期明示或默示的承认。

历史性海湾不论自然形态如何都是内海湾，如我国渤海湾。

关于港口制度，根据国家领土主权原则，国家对于位于其港口的外籍船舶具有管辖权，依国际法享有豁免权的军舰和政府公务船等除外。但在实践中，国家一般是在不介入船舶内部事件的基础上，采取沿岸国与船旗国管辖相结合的方法。

(1) 在刑事管辖方面，通常只有对扰乱港口安宁，受害者为沿岸国或其国民、案情重大或船旗国领事或船长提出请求时沿岸国才予以管辖。

(2) 在民事案件方面，对完全属于船舶内部管理、工资等事项，各国通常不行使管辖权。当案件涉及港口国公民的利益或其他船舶以外的因素，或涉及船舶本身在港口内航行、停留期间的权利义务时，港口国才予以管辖。

## (二) 领海

领海是一国领海基线以外毗邻一国领陆或内水的一定宽度的海水带。根据1982年《联合国海洋法公约》的规定，领海的宽度不得大于12海里。

注意：领海是国家的领土，包括领海及其上空和底土。

### 1. 领海中的无害通过制度

领海中实行无害通过制度。无害通过或无害通过权是指外国船舶在不损害沿海国和平安宁和良好秩序的条件下，拥有无须事先通知或征得沿海国许可而迅速地连续不断地通过其领海的航行权利。

无害通过要求连续不停地迅速通过，要求有正常的航速，不得加快或减慢，不得停泊和下锚，除非发生了不可抗力或遇难所必要的或为救助遇难或遇难人员等。无害通过不得影响沿海国的良好秩序和安全。

注意：我国的无害通过制度不适用于飞机和军用船舶。

### 2. 沿海国的司法管辖权

(1) 刑事管辖权。沿海国一般不对通过领海的外国船舶上发生的刑事案件行使刑事管辖权，但下列情况除外：①发生的刑事案件结果涉及沿海国领海；②外国船舶发生了刑事案件直接影响到沿海国的安全和良好秩序；③外国船舶船长或船旗国外交代表或领事官员请求当地政府予以协助时，沿海国可以行使刑事管辖权；④取缔违法贩运麻醉品或精神调制物质所必要，也就是为了打击国际贩毒行使刑事管辖权。上述各种情况下，如经船长请



求，沿海国在采取任何步骤前应通知船旗国的外交代表或领事官员。

(2) 民事管辖权。沿海国原则上对于外国船舶的民事诉讼，一般不能管辖，但是如果危害到沿海国的利益，可以行使管辖权。

注意：以上所述的刑事和民事管辖的规则仅适用于商船和用于商业目的政府船舶，不适用于军用船舶。

1992 年《中华人民共和国领海及毗连区法》规定了 12 海里领海宽度。

### (三) 毗连区

沿海国可以在领海以外毗邻领海划定一定宽度的海水带，在此区域中，沿海国对海关、财政、移民和卫生等特定事项行使某种管制权，这个区域称为毗连区。按照《海洋法公约》规定，毗连区的宽度从领海基线量起不得超过 24 海里。

国家可以在毗连区内行使为下列事项所必要的管制：

(1) 防止在其领土或领海内出现违反其海关、财政、移民或卫生的法律或规章的事件；

(2) 惩处在其领土或领海内违反上述法规的行为。

毗连区不是国家领土，国家对毗连区不享有主权，只是在毗连区范围行使上述方面的管制，而且国家对于毗连区的管制不包括其上空。毗连区的其他性质取决于其所依附的海域，或为专属经济区或为公海。

1992 年《中华人民共和国领海及毗连区法》规定了 12 海里毗连区宽度。

### (四) 专属经济区

专属经济区是在沿海国的领海之外并且毗邻领海的一定宽度的水域。根据《海洋法公约》规定，它从领海基线量起不得超过 200 海里。

专属经济区的法律地位既不是领海也不是公海，沿海国对于专属经济区不拥有领土主权，只享有公约规定的某些经济权利。专属经济区不是本身存在的权利，需要国家以某种形式宣布建立并说明其宽度。专属经济区的制度不影响其上空和底土本身的法律地位。

专属经济区的主要内容：

(1) 沿海国拥有以勘探、开发、养护和管理海床和底土及其上覆水域自然资源为目的的主权权利，以及关于在该区域内从事经济性开发和勘探，如海水、风力利用等其他活动的主权权利。

(2) 沿海国对在专属经济区内的人工岛屿、设施和结构的建造和使用具有专属的管辖权。

(3) 所有国家在专属经济区的权利：①在水中的船舶航行自由权；②在上空的飞行器飞越自由权；③在海底的铺设海底线缆和管道的自由权。

(4) 为行使权利，沿海国可以制订与公约规定一致的专属经济区法规，并可采取必要的措施以确保其法律得到遵守，包括登临、检查、逮捕和进行司法程序。

(5) 在对于外国船舶违法行为采取措施时，还应遵循以下规则：对于被捕的船只及其船员，在其提出适当的保证书或担保后，应迅速予以释放；沿海国对于在专属经济区内仅违反渔业法规的处罚，如有关国家间无相反的协议，不得包括监禁或任何形式的体罚；在逮捕或扣留外国船只时，沿海国应通过适当途径将所采取措施和随后进行的处罚迅速通知

船旗国。

## （五）大陆架

### 1. 大陆架的划定

沿海国的大陆架是指其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸，扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。如果从领海基线量起到大陆边的外缘距离不到 200 海里，则扩展到 200 海里，这个距离各点的连线即大陆架的外部连线；如果从领海基线量起超过 200 海里，则不得超出从领海基线量起 350 海里，或不超过 2 500 米等深线外 100 海里。

### 2. 大陆架的法律制度

（1）沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的，对大陆架行使主权权利。这种权利是专属性的，任何人未经沿海国明示同意，都不得从事勘探和开发其大陆架的活动；

（2）沿海国对于大陆架的权利不取决于有效或象征性的占领或任何明文公告；

（3）沿海国拥有在其大陆架上建造使用人工岛屿和设施的专属权利和对这些人工设施的专属管辖权；

（4）对大陆架的权利不影响其上覆水域或水域上空的法律地位；

（5）所有国家有权在其他国家的大陆架上铺设电缆和管道，但其线路的划定须经沿海国同意，并应顾及现有电缆和管道，不得加以损害；

（6）沿海国开发 200 海里以外大陆架的非生物资源，应通过国际海底管理局并缴纳一定的费用或实物，发展中国家在某些条件下可以免缴。

## （六）公海

公海是指内水、领海、专属经济区、群岛水域以外的全部海域、任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权下。

公海是不属于任何国家权力支配和管辖的国际海域。任何国家不得对公海的任何部分主张主权或行使主权权利。

公海对所有国家开放，包括沿海国和内陆国。

任何国家在遵守国际法律和规章的条件下，在公海中都是自由的，包括：航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道自由、捕鱼自由、建造人工岛屿和设施的自由、科学研究自由。

在公海中航行的船舶必须在一国进行登记并悬挂该国国旗，登记国称为该船的国籍国或船旗国。在公海航行的船舶必须并且只能悬挂一面旗帜，悬挂两国或两国以上旗帜航行或视方便而换用旗帜的，可以视为无国籍船舶。

### 1. 公海上的管辖权

（1）船旗国管辖。《联合国海洋法公约》规定，除国际条约或本公约明文规定的例外情况，在公海上的船舶受其船旗国的专属管辖。

（2）普遍管辖。公海上的普遍管辖权是指各国对发生在公海的，被国际法认为是普遍管辖权对象的特定国际罪行或违反国际法的行为，行使管辖权。这类罪行或不法行为包括：①海盗行为；②非法广播；③贩运奴隶；④贩运毒品。







## 2. 公海上的临检权和紧追权

(1) 临检权。临检权又称登临权，是指一国的军舰、军用飞机或其他得到正式授权、有清楚标志可识别的政府船舶或飞机，对公海上的外国船舶（军舰等享有豁免权的除外）有合理根据认为其从事《海洋法公约》所列不法情况时，即海盗行为，奴隶贩运，从事未经许可的广播，没有国籍，或虽然悬挂外国旗帜或拒不展示其旗帜，而事实上却与该军舰属同一国籍的嫌疑时，拥有登船检查及采取相关措施的权利。若嫌疑经证明无根据，被临检的船舶并未从事涉嫌行为，则对被临检船造成的损失或损害，临检国承担国际责任。

(2) 紧追权。紧追权是沿海主管当局有充分理由认为外国船舶违反该国法律和规章时，可对该外国船进行追逐，继续进行到公海，将其拿捕和交付审判的权利。①紧追行为只能由军舰、军用飞机或得到正式授权且有清楚可识别标志的政府船舶或飞机从事。②紧追可以开始于一国内水、领海、毗连区或专属经济区。③紧追应在被紧追船舶的视听范围内发出视觉或听觉的停止信号后，才可开始。④紧追可以追入公海中继续进行，直至追上并依法采取措施，但必须是连续不断的。⑤紧追权在被紧追船舶进入其本国或第三国领海时立即终止。

注意：只有军用或政府的船舶或飞机才享有登临权和紧追权。

## （七）国际海底区域

国际海底区域是指国家管辖范围以外的海床、洋底及其底土，即国家领土、专属经济区及大陆架以外的海底及其底土。

注意：公海海底不都是国际海底区域。

### 1. 国际海底区域的法律地位

(1) “区域”及其自然资源是人类共同继承财产。

(2) 任何国家不得对“区域”或其任何部分主张主权或行使主权权利，任何人不能将“区域”或其资源的任何部分据为己有。

(3) “区域”对所有国家开放，各国都可以为和平的目的加以利用。“区域”内的活动应为全体人类的利益而进行。

(4) “区域”不影响其上覆水域及其水域上空的法律地位。

(5) “区域”内一切资源属于全人类，由国际海底管理局代表全人类加以管理。

### 2. 国际海底管理局

根据《海洋法公约》规定，成立国际海底管理局，设于牙买加，作为区域活动的管理机构，其成员是全体缔约国。管理局的职责是组织和控制区域内的活动，特别是管理区域内资源的开发活动，代表全人类行使对区域内资源的一切权利和其他管理权。

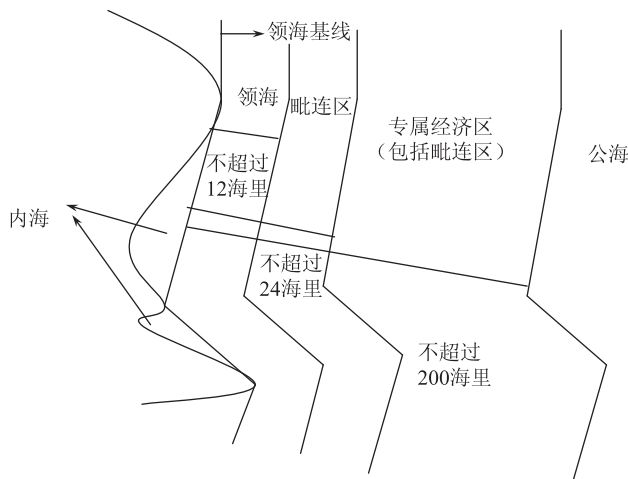
### 3. 区域资源的开发制度

区域内资源开发采取“平行开发制”：一方面由海底局企业部进行；另一方面由缔约国有效控制的自然人或法人与管理局以合作的方式进行。

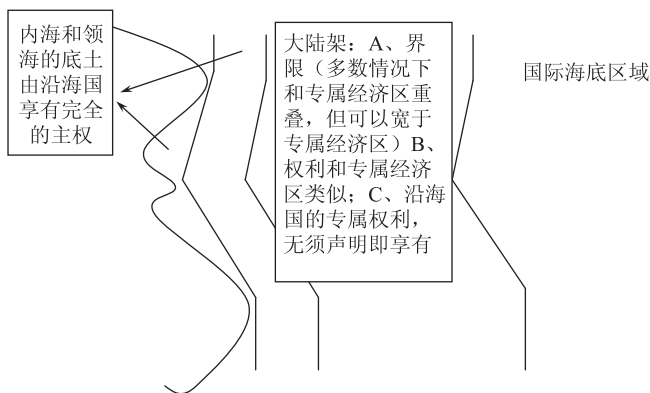
具体做法是：在区域内的一个矿区被勘探后，申请者向国际海底管理局企业部提出申请，并向海底局提供两块价值相当的矿址，由海底局企业部在这两个矿址当中选择一个区，保留起来作为国际海底管理局将来单独开发的保留区，另一区共同开发作为合同区，由企业部和申请开发者签订合同共同开发。技术、资金由申请开发者提供。合同区开发完毕，申请人要把开发技术无偿的转让给国际海底管理局。

例图：

(1) 海洋水域的划分



(2) 海洋底土的划分及沿海国的权利



真题演练

1. (2000-1-62)<sup>①</sup> 根据海洋法公约规定，各国军舰在公海上如果发现外国船舶有从事海洋法公约规定的某些国际性犯罪行为时有权登临检查。下列哪些船舶可以成为登临的对象？

- A. 外国渔船
- B. 外国军舰
- C. 外国商船
- D. 未挂任何船旗的船舶

2. (2000-1-66)<sup>②</sup> 甲国为沿海国，但从未发表过任何关于大陆架的法律或声明，也从未在大陆架上进行过任何活动。现乙国在甲国不知晓的情况下，在甲国毗连区海底进行科研钻探活动。对此，下列判断哪些是不正确的？

- A. 乙国的行动非法，应立即停止并承担相应责任
- B. 根据海洋科研自由原则，乙国行为合法

① ACD。

② BCD。





C. 乙国行为合法，因为甲国从来没有提出大陆架的主张

D. 乙国行为合法，因为甲国从未大陆架上进行任何活动或有效占领

3. (2002-1-58)<sup>①</sup> 甲国的一个航海航空爱好者组织“碧海蓝天协会”准备进行一次小型飞机“蓝天号”和赛艇“碧海号”的海上联合表演，计划涉及我国的领海和领海上空。对此，根据国际法的有关规则和我国的相关法律，下列哪些判断是正确的？

A. “蓝天号”飞行表演如在我国领海上空进行，必须得到我国的允许；

B. “碧海号”赛艇表演如果在我国领海中进行，必须得到我国的允许；

C. “蓝天号”在前往表演空域途中，如果仅仅是以通过为目的，从而飞过我国的领海上空，则无须得到我国的许可；

D. “碧海号”在前往表演海域的途中，如果仅仅是以通过为目的，从而穿越我国的领海，则无须得到我国的许可。

4. (2003-1-19)<sup>②</sup> 甲国是1982年《联合国海洋法公约》的缔约国。甲国的船舶在各国管辖以外的某海底进行矿产开采作业时，其活动应遵守国际法的哪一种制度？

A. 公海海底的开发制度

B. 甲国有关海洋采矿的国内法

C. 国际海底区域的开发制度

D. 公海自由制度

5. (2004-1-69)<sup>③</sup> 甲国船东的货轮“欢乐号”（在乙国注册）在丙国港口停泊期间，非丙国籍船员詹某和卡某在船舱内因口角引发斗殴。根据国际法相关规则和实践，下列判断哪些是正确的？

A. 丙国通常根据詹某或卡某的请求，对该事件进行管辖

B. 丙国通常根据该船船长的请求，对该事件进行管辖

C. 丙国通常根据甲国驻丙国领事的请求，对该事件进行管辖

D. 丙国通常根据乙国驻丙国领事的请求，对该事件进行管辖

6. (2007-1-79)<sup>④</sup> 甲国军舰“克罗将军号”在公海中航行时，发现远处一艘名为“斯芬克司号”的商船，悬挂甲国船旗。当“克罗将军号”驶近该船时，发现其已换挂乙国船旗。根据国际法的有关规则，下列哪些选项是错误的？

A. “斯芬克司号”被视为悬挂甲国船旗的船舶

B. “斯芬克司号”被视为具有双重船旗的船舶

C. “斯芬克司号”被视为无船旗船舶

D. “斯芬克司号”被视为悬挂方便旗的船舶

7. (2008-1-78)<sup>⑤</sup> 甲国注册的渔船“踏浪号”应乙国注册的渔船“风行号”之邀，在乙国专属经济区进行捕鱼作业时，乙国海上执法船赶来制止，随后将“踏浪号”带回乙国港口。甲乙两国都是《联合国海洋法公约》的缔约国，且两国之间没有其他相关的协议。据此，根据海洋法的有关规则，下列哪些选项是正确的？

A. 只要“踏浪号”向乙国有关部门提交适当保证书和担保，乙国必须迅速释放该船

B. 只要“踏浪号”向乙国有关部门提交适当保证书和担保，乙国必须迅速释放该船

① ABD。

② C。

③ BD。

④ ABD。

⑤ ABD。

船员

C. 如果“踏浪号”未能向乙国有关部门及时提交适当担保，乙国有权对该船船长和船员处以3个月以下的监禁

D. 乙国有义务将该事项迅速通知甲国

8. (四川2008-1-33)<sup>①</sup> 甲国是一个地理上宽大陆架的沿海国，也是发达国家，其地理大陆架从领海基线到大陆边外缘的距离为380海里。根据《海洋法公约》和有关的国际法规则，下列哪一选项是正确的？

A. 甲国大陆架的范围可以延伸到380海里处

B. 甲国的大陆架只能限定在200海里以内

C. 甲国的专属经济区不必限定在200海里以内

D. 甲国如果在200海里外的大陆架底土开采石油，应通过国际海底管理局并向其缴纳合理费用

9. (2009-1-30)<sup>②</sup> 乙国军舰A发现甲国渔船在乙国领海走私，立即发出信号开始紧追，渔船随即逃跑。当A舰因机械故障被迫返航时，令乙国另一艘军舰B在渔船逃跑必经的某公海海域埋伏。A舰返航半小时后，渔船出现在B舰埋伏的海域。依《联合国海洋法公约》及相关国际法规则，下列哪一选项是正确的？

A. B舰不能继续A舰的紧追

B. A舰应从毗连区开始紧追，而不应从领海开始紧追

C. 为了紧追成功，B舰不必发出信号即可对渔船实施紧追

D. 只要B舰发出信号，即可在公海继续对渔船紧追

### 考点三 国际航空法

#### 考点解析

##### (一) 领空主权原则

1944年的《国际民用航空公约》是构成国际民航法律制度的基本条约。其主要原则就是领空主权原则。

领空主权原则是承认和维护国家对其领空具有完全的、排他的主权，国家在领空中行使这种最高权力，并制定空中飞行和航空运输等法规和制度。领空制度的建立在国与国之间形成了一条空间界限，允许不允许外国航空器飞过，必须由领空所属国决定。如果外国航空器被允许飞入，则必须服从领空所属国的法律制度。对于非法入境的外国民用航空器，国家可以行使主权，采取符合国际法有关规则的任何适当手段，包括要求其终止此类侵权立即离境或要求其在指定地点降落等，但不得危及航空器内人员的生命和航空器的安全，避免使用武器。国家有权制定外国航空器入境离境和在境内飞行的规章制度，各国可以指定外国航空器降落的设关机场；国家保留国内航线专属权，一国为安全及军事需要有

<sup>①</sup> D。《联合国海洋法公约》规定，沿海国对从测算领海宽度的基线量起200海里以外的大陆架上的非生物资源的开发，应缴付费用或实物。

<sup>②</sup> A。



权在其领空中划定某些禁区。

注意：领空和领海不同，外国航空器在领空中并无无害通过权，允许不允许它们飞过由地面主权国家决定，因为航空对地面主权国家的安全和利益关系至为密切。

## （二）国际民航安全制度

国际民航安全制度建立在《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》三个公约的基础上。其主要内容如下：

### 1. 危害民用航空安全的行为

（1）在飞行中的航空器内用暴力或暴力威胁或其他任何胁迫方式，非法劫持或控制该航空器；

（2）实施某种行为使得航空器不能飞行或危及其飞行安全；

（3）用任何方法在使用中的航空器内放置或使别人放置装置物质，可能破坏航空器或使其受损坏以致不能飞行或足以危及飞行安全；

（4）破坏或损害航行设备或妨碍其工作，足以危及其飞行安全；

（5）传送明知是虚假的情报，从而危及飞行中航空器的安全。

### 2. 管辖权

（1）航空器登记国；

（2）航空器降落地国，当犯罪嫌疑人仍在航空器内；

（3）承租人的营业地国或常住地国；

（4）犯罪行为发生地国；

（5）罪行后果涉及国，包括受害人国籍国或永久居所国、后果涉及领土国、罪行危及其安全的国家；

（6）根据本国法行使管辖权的其他国家。

### 3. 引渡和追诉

三个公约规定，危害民航安全罪行是一种可引渡的罪行，但各国没有强制引渡的义务。国家可以依据引渡协议或国内法决定是否予以引渡。

《海牙公约》规定，非法劫持航空器的罪行是可引渡的罪行。公约引入“或引渡或起诉”原则，对劫机等犯罪不得以政治犯论处，应以严厉的刑罚予以惩治。

## 真题演练

（四川 2008 - 1 - 34）<sup>①</sup> 甲、乙两国是邻国，关系一直紧张。甲国曾多次出动空军，非法轰炸乙国境内的军事目标。“翔飞号”是承担甲、丙两国间航班飞行的民航机，在甲国注册。一日，因天气原因，“翔飞号”在飞往丙国途中偏离航线，误入乙国境内。甲、乙、丙三国都是国际民航组织的成员国，甲、乙之间尚没有双边的航空或航线协定。对此，下列哪一选项是正确的？

- A. “翔飞号”是民航机，在顾及安全的情况下，可以自行飞入乙国领空
- B. 乙国有权要求“翔飞号”立即离开乙国领空
- C. 乙国无权要求位于其境内的“翔飞号”在其指定安全地点降落
- D. 在“翔飞号”载客不明的情况下，乙国有权对其使用武器，将其击落

<sup>①</sup> B。



## 考点解析

### （一）外层空间的法律地位

- （1）外层空间不属于任何国家主权范围，不是国家领土的组成部分。
- （2）外层空间不是无主物，禁止任何国家和私人以任何方式占有外层空间。
- （3）外层空间的法律地位类似于公海，但外层空间的探索和利用应为所有国家谋福利而非为一国利益，因此它自成一类，属于全人类的开发范围。

### （二）外空活动的主要法律制度

#### 1. 登记制度

发射国应对其发射的空间物体进行登记。发射国是指发射或促使发射空间物体的国家，或从其领土或设施发射空间物体的国家。

空间物体应在两个登记册上登记。登记国设置和保存一份登记册，联合国建立一个总登记册，由联合国秘书长保存。

空间物体若由两个以上发射国发射，应由其共同决定其中的一个进行登记。外空物体的登记国对该外空物体拥有所有权和管辖控制权。若空间物体返回地球，降落在登记国境外，登记国有权要求归还该空间物体。

#### 2. 营救制度

对获悉或发现在一国领土内的宇航员，领土国应立即采取一切可能的措施，营救宇航员，并给予他们一切必要的帮助，并应立即安全地交还发射国。

对于发生意外的空间物体应送还其发射国，还应将该事件立即通知联合国秘书长。

#### 3. 责任制度

##### （1）责任主体

国家对其外空活动承担国际责任，并保证本国活动的实施符合国际法的规定。不论这种活动是其政府部门或非政府实体从事。由国际组织进行的外空活动，则应由该组织和参加该组织的成员国对其外空活动共同承担国际责任。

损害赔偿应由该物体的发射国承担。当两国或数国共同参与一项发射活动时，这些发射国对该外空物体造成的损害负连带责任。

如果一个空间物体对另一个空间物体造成损害，并由此对第三国造成损害，这两个空间物体的发射国应承担连带责任。

##### （2）损害赔偿原则

① 绝对责任原则。不论发射国是否有过失，只要对他国造成了损失，发射国就要承担责任。

这个原则适用于空间物体对地球表面或者给飞行中的航空器造成的损害。

注意：无论损害是一个空间物体造成的，还是一个发射国的空间物体对另一个发射国的空间物体造成的损害，并由此对第三国的地球表面或对飞行中的飞机造成损害，发射国均负绝对赔偿责任。





② 过失责任原则。外空发射物体在地球表面以外的任何地方，对另一发射国的空间物体或其所载人员或财产造成损害时，如果是因为发射国的过失所致，发射国要承担责任，如果不是因为过失，那就不承担责任。

注意：发射国的空间物体在地球表面以外的地方，对另一发射国的空间物体造成损害，并因此对地球表面以外的其他地方的第三国外空物体或所载人员财产造成损害，则前两国依各自的过失承担相应的责任。

(3) 发射国空间物体对于下面两种人员造成的损害不适用《责任公约》：该国的国民；以及在空间物体从发射至降落任何阶段内参加操作的或者应发射国的邀请而留在紧接预定发射或回收区的外国公民。

### 真题演练

1. (2000 - 1 - 67)① 甲国登记发射的空间飞船在降落时偏离轨道落在乙国境内，飞船上载有三名宇航员，被乙国军队监测发现。甲乙两国都是 1968 年《营救协定》的缔约国。对此事件，乙国应采取下列哪些行动？

- A. 对宇航员提供一切可能的援助
- B. 立即将宇航员送还甲国
- C. 立即将此事件通知联合国外空委员会
- D. 立即将此事件通知联合国秘书长

2. (2003 - 1 - 59)② 甲国发射的气象卫星“雷公号”撞上了乙国飞行的遥感卫星“神眼号”，造成“神眼号”卫星坠落。“神眼号”的碎片撞上了丙国境内正在飞行的丙国民航飞机，造成该飞机坠落。同时卫星碎片还将丙国地面的一个行人砸死。甲乙丙三国都是外空一系列公约的当事国。根据外空法的有关制度，下列哪些表述是正确的？

- A. 甲乙两国对卫星碎片造成的丙国行人的损害应承担绝对责任
- B. 甲乙两国对卫星碎片带来的丙国飞机的损害应承担绝对责任
- C. 对于卫星碎片造成的丙国飞机的坠落，甲乙丙三国应各自承担过错责任
- D. 对于“雷公号”和“神眼号”的相撞，甲乙两国应根据各自的过错，承担相应的责任

3. (2004 - 1 - 31)③ 月球主人公司是甲国人汤姆在甲国注册的公司，专门从事出售月球土地的生意。该公司把月球分为若干部分供购买者选购，并称通过与该公司订立“月球契约”，买方就拥有了其购买的月球特定部分的所有权。对此，根据外层空间法的有关规则，下列判断哪一项是正确的？

- A. 该类契约规定的所有权，必须得到甲国国家的特别批准方能在国际法上成立
- B. 该类契约可以构成甲国国家对月球相关部分主张主权的证据
- C. 即使该类契约受甲国国内法的保护，该所有权在国际法上也不能成立
- D. 该类契约必须在联合国外空委员会登记，以确立购买者在国际法上的所有权

4. (2009 - 1 - 98)④ 乙国与甲国航天企业达成协议，由甲国发射乙国研制的“星球一号”卫星。因发射失败卫星碎片降落到甲国境内，造成人员和财物损失。甲乙两国均为《空间物体造成损害的国际责任公约》缔约国。下列选项正确的是：

- ① ABD。
- ② ABD。
- ③ C。
- ④ CD。



- A. 如“星球一号”发射成功，发射国为技术保密可不向联合国办理登记
- B. 因“星球一号”由甲国的非政府实体发射，甲国不承担国际责任
- C. “星球一号”对甲国国民的损害不适用《责任公约》
- D. 甲国和乙国对“星球一号”碎片造成的飞机损失承担绝对责任

## 考点五 国际环境保护法

### 考点解析

#### （一）国际环境保护法的主要原则

- （1）国家环境主权和不损害其管辖范围以外环境的原则；
- （2）环境保护的国际合作原则；
- （3）共同但有区别的责任原则；
- （4）可持续发展原则。

#### （二）国际环境保护的主要制度

1. 大气环境保护。近年来国际上保护大气层的努力主要集中在以下三个领域：

（1）防止气候变化的国际合作。防止气候变化的法律文件主要是《气候变化框架公约》和《京都议定书》。公约根据共同但有区别的责任原则，将缔约国根据不同情况进行了划分并规定了不同的义务。在防止气候变化方面，目前采取的主要措施是限制和控制温室气体的排放。议定书规定允许下列三种减排折算方式：①集团方式。只要有关国家集团达到减排总额，可不管集团内部成员国的排量增减；②排放权交易。发达国家可以向其他排量低于自身额度的发达国家购买其低于限额部分的排放量，使得排放总量达标；③绿色交易。发达国家可以通过资助在发展中国家营造森林或转让有关绿色技术，相应抵消其部分排放量。

（2）臭氧层的保护。

2. 海洋环境保护。国际上保护海洋环境的努力主要集中在以下几个领域：①防止来自船舶的污染、陆地来源的污染和来自大气层的污染；②防止向海洋倾倒废物。

3. 自然生态和资源保护。自然资源的管理和养护的国际法规则较为发展的两个领域为：①生物资源保护。②世界文化和自然遗产保护。

4. 控制危险废物的越境转移。当前影响最大的1989年《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》没有全面禁止危险废物的越境转移，而只是对这类转移加以控制。

（1）缔约国禁止向另一缔约国出口危险废物，除非进口国没有一般禁止该废物的进口，并且以书面形式对某一进口向出口国表示同意。

（2）出口国有理由认为拟出口的废物不会被以符合有关标准的对环境无害的方式在进口国或其他地方处理，则不得出口。

（3）不得向非缔约国出口或自非缔约国进口危险废物。关于越境转移的程序和其他事项，公约规定：①出口国或者危险废物的生产者或出口者，应将拟出口的废物的越境转移以书面形式通知有关国家的主管部门。进口国应作出书面的答复。②出口国应当证实通知人已得到进口国的书面同意，并且进口国已证实出口者和处置者之间已订立合同，详细说





明对废物的无害环境的处置办法，才能开始越境转移。③如果越境转移的废物不能按照合同的条件完成，如无其他合法安排，应运回出口国。④危险废物的任何越境转移都必须有相关的保险、保证或担保。⑤公约不适用于其他国际制度管制放射性废物。

真题演练

1. (2004 - 1 - 68)① 甲国白鹭公司与乙国黑鹰公司签订了一项进口化工废料到甲国的合同。该化工废料是被《控制危险废物越境转移及其处置的巴塞尔公约》列为附件中的危险废物，现位于乙国境内。甲乙两国都是公约的缔约国。根据相关的国际法规则，下列判断哪些是正确的？

- A. 乙国政府或黑鹰公司应将拟出口废料事项通知甲国政府，并得到甲国政府的书面准许，才能出口
- B. 甲国政府必须证实黑鹰公司和白鹭公司对该废料已作出无害环境的处置安排，包括详尽的处置办法和相关合同，才有准许进口
- C. 该种废料如果进行越境转移，必须有相关的保险或担保
- D. 如果甲国退出了《巴塞尔公约》，这种废料就不得再由乙国向甲国出口

2. (2008 - 1 - 34)② 甲乙两国是温室气体的排放大国，甲国为发达国家，乙国为发展中国家。根据国际环境法原则和规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲国必须停止排放，乙国可以继续排放，因为温室气体效应主要是由发达国家多年排放积累造成的
- B. 甲国可以继续排放，乙国必须停止排放，因为乙国生产效率较低，并且对于环境治理的措施和水平远远低于甲国
- C. 甲乙两国的排放必须同等地被限制，包括排放量、排放成分标准、停止排放时间等各方面
- D. 甲乙两国在此问题上都承担责任，包括进行合作，但在具体排量标准，停止排放时间等方面承担的义务应有所区别

① ABCD。  
② D。

## 第四讲 国际法上个人

### 【本讲概要】

了解：国籍的概念、个人在国际法中的地位，国际人权法的体系和机制。

理解：外国人待遇的主要模式、出入境和居留的主要规则。

熟悉：国籍变更的主要方式、外交保护的主要规则，引渡及庇护制度。

### 考点一 国籍

#### 重点法条

##### 《国籍法》

第三条 中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。

第四条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在中国，具有中国国籍。

第五条 父母双方或一方为中国公民，本人出生在外国，具有中国国籍；但父母双方或一方为中国公民并定居在外国，本人出生时即具有外国国籍的，不具有中国国籍。

第六条 父母无国籍或国籍不明，定居在中国，本人出生在中国，具有中国国籍。

第七条 外国人或无国籍人，愿意遵守中国宪法和法律，并具有下列条件之一的，可以经申请批准加入中国国籍：

- 一、中国人的近亲属；
- 二、定居在中国的；
- 三、有其它正当理由。

第八条 申请加入中国国籍获得批准的，即取得中国国籍；被批准加入中国国籍的，不得再保留外国国籍。

第九条 定居外国的中国公民，自愿加入或取得外国国籍的，即自动丧失中国国籍。

第十条 中国公民具有下列条件之一的，可以经申请批准退出中国国籍：

- 一、外国人的近亲属；
- 二、定居在外国的；
- 三、有其它正当理由。

第十一条 申请退出中国国籍获得批准的，即丧失中国国籍。

第十二条 国家工作人员和现役军人，不得退出中国国籍。

第十五条 受理国籍申请的机关，在国内为当地市、县公安局，在国外为中国外交代表机关和领事机关。

第十六条 加入、退出和恢复中国国籍的申请，由中华人民共和国公安部审批。经批

准的，由公安部发给证书。

## 考点解析

### （一）国籍的概念

国籍是指一个人属于某一个国家的公民或国民的法律资格。

位于一国境内并拥有该国国籍的人，称为本国人；位于一国境内没有该国国籍但拥有其他国家国籍的人为外国人；在一国境内而没有任何国家国籍的人为无国籍人，往往也将他们包括在广义的外国人中。

### （二）国籍的取得与丧失

#### 1. 国籍的取得

国籍的取得指个人取得作为某一国家的成员资格并从而成为该国的国民。国籍的取得主要有两种方式：

（1）因出生而取得国籍。又称原始国籍，是指一个人由于出生这一事实而取得某一国的国籍。这是最主要的一种取得国籍的方式，原则主要有三种：①依血统原则取得国籍；②依出生地原则取得国籍；③依血统原则和出生地原则相结合的混合原则取得国籍。

目前绝大多数国家均采用混合原则。

（2）因加入而取得国籍。又称继有国籍，是指由于本人意愿或某种事实，根据一国国籍法的规定而获得该国的国籍。主要包括：①自愿申请入籍；②由于婚姻入籍；③由于收养入籍。

#### 2. 国籍的丧失

国籍的丧失是指由于某种原因一个人失去其拥有的某个国家的国籍，即丧失其作为某一国家国民的资格。包括自愿丧失和非自愿丧失两种：自愿丧失国籍，是指根据本人的意愿而丧失国籍；非自愿丧失国籍是指由于取得外国国籍、与外国人结婚、被外国人收养等法定事实非由于本人自愿而丧失国籍或是被剥夺国籍。

### （三）国籍的冲突和解决

国籍的冲突是指一个人同时有两个或两个以上的国籍或不具有任何国籍的法律状态，包括双重国籍及多重国籍和无国籍。

1. 国籍的积极抵触，是指一个人同时具有两个或两个以上国家的国籍。

2. 国籍的消极抵触，是指一个人不具有任何国家的国籍，又称无国籍。解决国籍冲突主要通过采取国内立法和签订国际公约的途径来解决。

（这部分详见国际私法部分）

## 真题演练

1. (2003-1-92)① 高某出生在甲国，其父亲是乙国人，母亲是丙、丁双重国籍人，假设对原始国籍的获得，甲丙两国采取纯粹的出生地主义，乙丁两国都采取纯粹的双系血统主义。此时，根据有关国际法规则和国际实践，对于高某此时国籍状况，下列何种表述是正确的？

A. 高某可能拥有甲乙丙丁四国的国籍

B. 高某仅可能拥有甲乙丙三国的国籍

① C。



C. 高某仅可能拥有甲乙丁三国的国籍

D. 高某仅可能拥有甲乙两国的国籍

2. (2005-1-32)<sup>①</sup> 中国公民陆某 2001 年通过其在甲国的亲戚代为申请甲国国籍, 2002 年获甲国批准。2004 年 5 月陆某在中国因违法行为被刑事拘留。此时, 陆某提出他是甲国公民, 要求我有关部门通知甲国驻华领事。经查, 根据甲国法律陆某持有的甲国护照真实有效; 陆某本人到案发时从未离开中国, 也从未申请退出中国国籍。根据中国国籍法有关规定, 下列哪一项判断是正确的?

A. 陆某仍是中国人

B. 陆某是中国境内的外国人

C. 陆某是中国法律承认的具有双重国籍的人

D. 陆某的国籍状态不确定

3. (2006-1-32)<sup>②</sup> 戴某为某省政府的处级干部。两年前, 戴父在甲国定居, 并获甲国国籍。2006 年 7 月, 戴父去世。根据有效遗嘱, 戴某赴甲国继承了戴父在甲国的一座楼房。根据甲国法律, 取得该不动产后, 戴某可以获得甲国的国籍, 但必须首先放弃中国国籍。于是戴某当时就在甲国填写了有关表格, 声明退出中国国籍。其后, 戴某返回国内继续工作。针对以上事实, 根据我国《国籍法》的规定, 下列哪项判断是正确的?

A. 戴某现在已自动丧失了中国国籍

B. 戴某现在只要在中国特定媒体上刊登相关声明, 即退出中国国籍

C. 戴某现在只要向中国有关部门申请退出中国国籍, 就应当得到批准

D. 戴某现在不能退出中国国籍

4. (2007-1-31)<sup>③</sup> 中国人姜某(女)与甲国人惠特尼婚后在甲国定居, 后姜某在甲国生下一女。根据我国国籍法, 下列哪一选项是正确的?

A. 如姜某之女出生时未获其他国家国籍, 可以获得中国国籍

B. 姜某之女一出生就无条件获得中国国籍

C. 如姜某之女出生时已获得甲国国籍, 她也可以同时获得中国国籍

D. 姜某之女出生地在甲国, 因而不能获得中国国籍

## 考点二 外国人的法律地位

### 重点法条

#### 《入境出境管理法》

第二条 外国人入境、出境和在中国境内居留, 必须经中国政府主管机关许可。

第六条 外国人入境, 应当向中国的外交代表机关、领事机关或者外交部授权的其他驻外机关申请办理签证。在特定情况下, 依照国务院规定, 外国人也可以向中国政府主管机关指定口岸的签证机关申请办理签证。

同中国政府订有签证协议的国家的人员入境, 按照协议执行。

① A。

② D。

③ A。





外国对中国公民入境、过境有专门规定的，中国政府主管机关可以根据情况采取相应措施。

持联程客票搭乘国际航班直接过境，在中国停留不超过二十四小时不出机场的外国人，免办签证。要求临时离开机场的，需经边防检查机关批准。

第十二条 被认为入境后可能危害中国的国家安全、社会秩序的外国人，不准入境。

第十九条 未取得居留证件的外国人和来中国留学的外国人，未经中国政府主管机关允许，不得在中国就业。

第二十条 外国人持有效的签证或者居留证件，可以前往中国政府规定的对外国人开放的地区旅行。

第二十一条 外国人前往不对外国人开放的地区旅行，必须向当地公安机关申请旅行证件。

第二十二条 外国人出境，凭本人有效护照或者其他有效证件。

第二十三条 有下列情形之一的外国人，不准出境：

- (一) 刑事案件的被告人和公安机关或者人民检察院或者人民法院认定的犯罪嫌疑人；
- (二) 人民法院通知有未了结民事案件不能离境的；
- (三) 有其他违反中国法律的行为尚未处理，经有关主管机关认定需要追究的。

第二十五条 中国政府在国外受理外国人入境、过境申请的机关，是中国的外交代表机关、领事机关和外交部授权的其他驻外机关。

中国政府在国内受理外国人入境、过境、居留、旅行申请的机关，是公安部、公安部授权的地方公安机关和外交部、外交部授权的地方外事部门。

## 考点解析

### （一）外国人及其法律地位

外国人是指在一国境内不具有居住国国籍而具有其他国籍或无国籍的人。根据国家主权原则，国家享有对本国境内的一切人（包括外国人）和事物以及对境外的本国人实施管辖的权利，即属地管辖权和属人管辖权。

外国人处于居留国的属地管辖之下，他必须遵守居留国的法律和法令。由于外国人同时处于国籍国的属人管辖之下，他仍然负有效忠本国的义务，当他的合法权益受到侵害而用尽当地救济方法未获解决时，可以获得本国的外交保护。

### （二）外国人的入境、居留和出境

根据一般国际法，国家没有允许外国人入境的义务。由于国家间交往的需要，国家一般都在互惠的基础上允许外国人合法的入境。实践中，外国人入境一般要经过两个步骤：

- (1) 持有有效护照并获得入境签证。
- (2) 在入境口岸接受有关安全、卫生等方面的检查。

对于外国人的居留由居留国的法律规定。任何国家或其国民都不得主张必然有在另一国的居住权。

### （三）外国人的待遇

1. 国民待遇。又称平等待遇，是指国家在一定范围内给予外国人与本国公民相同的待遇，即在同样条件下，外国人所享受的权利和承担的义务与本国公民相同。



2. 最惠国待遇。指一国给予另一国国家或国民的待遇不低于现在或将来给予任何第三国国家或国民的待遇。最惠国待遇使受惠国国民在居留国与第三国国民相比永远处于不受歧视的地位。

但是，最惠国待遇一般不适用于以下情况下给予的优惠：

(1) 给予邻国的利益、特惠、特权和豁免，基于特殊历史地理等因素而给与某些国家的优惠；

(2) 因参加自由贸易区或优惠贸易区而取得的优惠，或是关税同盟范围内、经济共同体范围内的优惠；

(3) 发达国家对发展中国家的普遍优惠及其他在条约中明确规定不适用于最惠国待遇的情况。

3. 互惠待遇。指根据平等互利的原则，一国给予外国国民某种权利、利益或优惠须以该外国给予本国国民同等的权利、利益或待遇为前提。互惠待遇旨在避免外国人在本国片面获得某些权利和利益，同时防止本国人在外国受到歧视。

4. 差别待遇。指国家给予外国人不同于（低于或高于）本国公民的待遇，或给予有不同国籍的外国人不同的待遇。

5. 普惠制。普惠制或称普遍优惠制，是指为减少经济发展的极端不平衡，发达国家在与发展中国家的经济交往中，单方面给予发展中国家某些特殊的优惠，而不要求发展中国家给予发达国家同样的优惠。

对于外国人在我国的法律地位，由我国有关的专门法律或与外国人相关的法律条款作出规定。据此，外国人及外国法人在中国境内必须遵守中国的法律，同时其合法权益和权利受中国法律保护。中国境内的外国人在民事权利和诉讼权利方面，原则上享有国民待遇，但某些方面法律规定了差别待遇，如对外国人进入某些职业或产业予以禁止或限制。外国人在中国境内不享有选举权、被选举权等政治权利，不得参加中国境内的政治党派或政治活动，也没有服兵役的义务。未取得居留证件或来华留学的人，未经国家劳动部门批准，不得在中国就业。

#### （四）外交保护

外交保护或外交保护权，是指一国国民在外国受到不法侵害且依该外国法律程序得不到救济时，其国籍国可以通过外交方式要求该外国进行救济或承担责任，以保护其国民或国家的权益。

##### 1. 外交保护的性质

外交保护是国家属人管辖权的重要体现，当一国由于其公民的权利在外国被侵害而提出外交保护时，原来一国公民与该外国之间的事件转变为两个国家之间的事件。

注意：是否向外国提出外交保护，是国家的权利，不是国家的义务，无论其国民是否提出请求，国家都可以根据有关情况作出行使或拒绝行使外交保护权的决定。

##### 2. 外交保护的条件

(1) 本国国民的合法权益受到所在国的不法侵害，即本国国民的人身和财产因所在国的国际不当行为而受到实际损害。

注意：如果损害仅仅涉及外国私人的行为，所在国家不存在任何责任，不得行使外交保护。

(2) 受害人自受害之日至抗议或求偿结束之日，须持续具有保护国国籍，且不得具有



所在国国籍，此即“国籍继续原则”。

(3) 在提出外交保护前，受害人必须用尽当地救济且未获合理补偿，即“用尽当地救济原则”。

注意：该原则适用于国民或法人权益被侵害的一般情况，不适用于国家本身权益受侵害或国家之间另有协议的情况。

### 3. 外交保护的範圍

外交保护原则上适用于一国的国家行为已经或必将侵害外国人合法权益的各种事项。

实践中主要包括：

- (1) 国民被非法逮捕或拘禁；
- (2) 国民的财产或利益被非法剥夺；
- (3) 国民受到歧视性待遇；
- (4) 国民被“拒绝司法”等情况。

## 真题演练

1. (2004 - 1 - 32)① 甲国公民詹某在乙国合法拥有一幢房屋。乙国某公司欲租用该房屋，被詹某拒绝。该公司遂强行占用该房屋，并将詹某打伤。根据国际法中的有关规则，下列救济方式哪一项是正确的？

- A. 詹某应向乙国提出外交保护请求
- B. 詹某可以将此事件诉诸乙国行政及司法当局
- C. 詹某应向甲国驻在乙国的外交团提出外交保护的请求
- D. 甲国可以立即行使外交保护权

2. (2006 - 1 - 77)② 甲国公民廖某在乙国投资一家服装商店，生意兴隆，引起一些从事服装经营的当地商人不滿。一日，这些当地商人煽动纠集一批当地人，涌入廖某商店哄抢物品。廖某向当地警方报案。警察赶到后并未采取措施控制事态，而是袖手旁观。最终廖某商店被洗劫一空。根据国际法的有关规则，下列对此事件的哪些判断是正确的？

- A. 该哄抢行为可以直接视为乙国的国家行为
- B. 甲国可以立即行使外交保护权
- C. 乙国中央政府有义务调查处理肇事者，并追究当地警察的渎职行为
- D. 廖某应首先诉诸于乙国行政当局和司法机构，寻求救济

3. (2009 - 1 - 80)③ 甲国人彼得拟申请赴中国旅游。依我国相关法律规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲国人彼得应向中国公安部门提出入境申请
- B. 受理彼得入境申请的中国有关机关没有义务必须批准入境
- C. 如彼得获准入境后发现适合他的工作，可以留在中国工作
- D. 如彼得获准入境后前往不对外国人开放的地区旅行，必须向当地公安机关申请旅行证件

① B。  
② CD。  
③ BD。



#### 重点法条

##### 《引渡法》

第四条 中华人民共和国和外国之间的引渡，通过外交途径联系。中华人民共和国外交部为指定的进行引渡的联系机关。

引渡条约对联系机关有特别规定的，依照条约规定。

第六条 本法下列用语的含义是：

- (一) “被请求引渡人”是指请求国向被请求国请求准予引渡的人；
- (二) “被引渡人”是指从被请求国引渡到请求国的人；
- (三) “引渡条约”是指中华人民共和国与外国缔结或者共同参加的引渡条约或者载有引渡条款的其他条约。

第七条 外国向中华人民共和国提出的引渡请求必须同时符合下列条件，才能准予引渡：

- (一) 引渡请求所指的行为，依照中华人民共和国法律和请求国法律均构成犯罪；
- (二) 为了提起刑事诉讼而请求引渡的，根据中华人民共和国法律和请求国法律，对于引渡请求所指的犯罪均可判处一年以上有期徒刑或者其他更重的刑罚；为了执行刑罚而请求引渡的，在提出引渡请求时，被请求引渡人尚未服完的刑期至少为六个月。

对于引渡请求中符合前款第一项规定的多种犯罪，只要其中有一种犯罪符合前款第二项的规定，就可以对上述各种犯罪准予引渡。

第十四条 请求国请求引渡，应当作出如下保证：

(一) 请求国不对被引渡人在引渡前实施的其他未准予引渡的犯罪追究刑事责任，也不将该人再引渡给第三国。但经中华人民共和国同意，或者被引渡人在其引渡罪行诉讼终结、服刑期满或者提前释放之日起三十日内没有离开请求国，或者离开后又自愿返回的除外；

(二) 请求国提出请求后撤销、放弃引渡请求，或者提出引渡请求错误的，由请求国承担因请求引渡对被请求引渡人造成损害的责任。

第二十条 外国提出正式引渡请求前被请求引渡人已经被引渡拘留的，最高人民法院接到引渡请求书及其所附文件和材料后，应当将引渡请求书及其所附文件和材料及时转交有关高级人民法院进行审查。

外国提出正式引渡请求前被请求引渡人未被引渡拘留的，最高人民法院接到引渡请求书及其所附文件和材料后，通知公安部查找被请求引渡人。公安机关查找到被请求引渡人后，应当根据情况对被请求引渡人予以引渡拘留或者引渡监视居住，由公安部通知最高人民法院。最高人民法院接到公安部的通知后，应当及时将引渡请求书及其所附文件和材料转交有关高级人民法院进行审查。

公安机关经查找后，确认被请求引渡人不在中华人民共和国境内或者查找不到被请求引渡人的，公安部应当及时通知最高人民法院。最高人民法院接到公安部的通知后，应当及时将查找情况通知外交部，由外交部通知请求国。





第二十二条 高级人民法院根据本法和引渡条约关于引渡条件等有关规定，对请求国的引渡请求进行审查，由审判员三人组成合议庭进行。

第二十九条 外交部接到最高人民法院不引渡的裁定后，应当及时通知请求国。

外交部接到最高人民法院符合引渡条件的裁定后，应当报送国务院决定是否引渡。

国务院决定不引渡的，外交部应当及时通知请求国。人民法院应当立即通知公安机关解除对被请求引渡人采取的强制措施。

第三十三条 引渡拘留、引渡逮捕、引渡监视居住由公安机关执行。

第三十四条 采取引渡强制措施的机关应当在采取引渡强制措施后二十四小时内对被采取引渡强制措施的人进行讯问。

被采取引渡强制措施的人自被采取引渡强制措施之日起，可以聘请中国律师为其提供法律帮助。公安机关在执行引渡强制措施时，应当告知被采取引渡强制措施的人享有上述权利。

第三十八条 引渡由公安机关执行。对于国务院决定准予引渡的，外交部应当及时通知公安部，并通知请求国与公安部约定移交被请求引渡人的时间、地点、方式以及执行引渡有关的其他事宜。

第五十条 被请求国就准予引渡附加条件的，对于不损害中华人民共和国主权、国家利益、公共利益的，可以由外交部代表中华人民共和国政府向被请求国作出承诺。对于限制追诉的承诺，由最高人民检察院决定；对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。

在对被引渡人追究刑事责任时，司法机关应当受所作出的承诺的约束。

## 考点解析

### （一）引渡

引渡指一国应外国请求，将在本国境内而被该外国追诉或判刑的人移交该国审判或处罚的一种国际司法协助行为。

1. 引渡的依据。在国际法上，国家没有引渡罪犯的义务，因此引渡往往需要根据有关的引渡条约进行。

2. 引渡的主体。引渡的主体是国家，包括请求国和被请求国。

被请求国一般是罪犯所在国。

请求国一般是对罪犯主张管辖权的国家，主要有以下三类国家：①罪犯本人所属国。②犯罪行为发生地国。③受害国。

3. 引渡的对象。引渡的对象是被请求国指控犯罪或被其判刑的人，可以是请求引渡的国家的国民，也可以是被请求引渡的国家的国民，还可以是第三国的国民或无国籍人。

注意：大多数国家基于维护本国的属人优越权的考虑，均不允许向外国引渡本国国民。

4. 引渡主要有以下几个原则：

（1）双重归罪原则。又称同一原则，是指被请求引渡人的行为，必须是请求引渡国和被请求引渡国双方法律都认定是犯罪并可以起诉的行为。

（2）政治犯不引渡原则。当前，国际法中逐渐确定了一些不应视为政治犯罪的行为，包括：战争罪、反和平罪、反人类罪；种族灭绝或种族隔离罪；非法劫持航空器以及侵害外交代表等犯罪，这些罪行均已被明确地排除在政治犯不引渡原则的适用范围之外。

(3) 本国公民不引渡原则。

5. 引渡的效果。对于引渡回本国的人员,请求国即可根据其法律对罪犯进行审判。

在引渡后果的问题上,一般适用“罪刑特定”原则,指请求国在将被引渡人引渡回国后,只能以请求引渡时所主张的罪名进行审判或惩处,不得以不同于引渡罪名的其他罪名进行审判或惩处,也不得再引渡给第三国。如果请求国对被引渡的人就另外的罪名审判和处罚或再引渡给第三国,被请求引渡国是有抗议的权利的。

## (二) 庇护

庇护也称领土庇护,指一国对请求避难的外国人准予其入境和居留,给予保护,并拒绝将其引渡给另一国的行为,除条约或国际法有特别规定外,国家应在本国领域行使庇护权。

### 1. 庇护的对象

(1) 政治犯,即被一国指控或判决犯有政治罪行的人;

(2) 其他避难者,主要是因种族、宗教、国籍、政治见解或其他原因而实际或可能受到其本国迫害的人,即政治难民。

### 2. 庇护的效果

受庇护的外国人,在其所在国同一般外国侨民一样,处于所在国领土管辖权之下,遵守庇护国的一切法律法令,在所在国保护之下,可以在该国居留,不被引渡,也不被驱逐。

### 3. 域外庇护

域外庇护,又称外交庇护,是指一国在位于其境外的本国使馆、领事馆、军舰、军用飞机或军事基地内给避难者以庇护,即庇护国在外国领土上庇护外国人。

注意:现代国际法中,在未经有关国际条约或国际习惯许可的情况下,一国原则上不得进行域外庇护,否则将构成对庇护机关所在国属地管辖权的侵犯。所以,现代国际法并不承认域外庇护。

## 真题演练

1. (2002-1-17)<sup>①</sup> 甲国人詹氏,多次在公海对乙国商船从事海盗活动,造成多人死亡;同时詹氏曾在丙国实施抢劫,并将丙国一公民杀死。现詹氏逃匿于丁国。如果甲乙丙丁四国间没有任何司法协助方面的多边或双边协议,根据国际法中有关规则,下列哪项判断是正确的?

- A. 丁国有义务将詹氏引渡给乙国
- B. 丁国有义务将詹氏引渡给丙国
- C. 丁国有权抓捕詹氏并独自对其进行审判
- D. 甲国有权派出警察到丁国缉拿詹氏归案

2. (2002-1-93)<sup>②</sup> 中国某国有企业在甲国设有办事处,甲国人员贾某为该办事处雇员。贾某利用职务之便,将办事处公款1000万美元窃为己有进行挥霍。此间,贾某在乙国又参与了一起伪钞案。贾某从未到过中国,目前其在甲国。中国与甲国之间没有任何

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> ABCD。



司法协助方面的协定，但中国与乙国间有引渡协定。根据国际法及中国的有关法律。下列哪些判断是错误的？

- A. 中国对贾某的上述侵占公款案没有管辖权
- B. 乙国向甲国就贾某伪钞案请求引渡，如获成功，贾某被引渡到乙国后，乙国可以不经甲国同意，径直将贾某转引渡给中国
- C. 中国对贾某的上述侵占公款案拥有管辖权，可以自行派公务人员赴甲国缉拿贾归案
- D. 中国法院可以对贾首先作出缺席判决，然后申请甲国对该判决予以执行

3. (2005 - 1 - 31)① 甲国人兰某和乙国人纳某在甲国长期从事跨国人口和毒品贩卖活动，事发后兰某逃往乙国境内，纳某逃入乙国驻甲国领事馆中。兰某以其曾经从事过反对甲国政府的政治活动为由，要求乙国提供庇护。甲乙两国之间没有关于引渡和庇护的任何条约。根据国际法的有关规则和制度，下列哪一项判断是正确的？

- A. 由于兰某曾从事反对甲国政府的活动，因此乙国必须对兰某提供庇护
- B. 由于纳某是乙国人，因此乙国领事馆有权拒绝把纳某交给甲国
- C. 根据《维也纳领事关系公约》的规定，乙国领馆可以行使领事裁判权，即对纳某进行审判并做出判决后，交由甲国予以执行
- D. 乙国可以对兰某的涉嫌犯罪行为在乙国法院提起诉讼，但乙国没有把兰某交给甲国审判的义务

4. (2005 - 1 - 79)② 中国公民李某（曾任某国有企业总经理）2004 年携贪污的巨款逃往甲国。根据甲国法律，对李某贪污行为的最高量刑为 15 年。甲国与我国没有引渡条约。甲国表示，如果中国对李某被指控的犯罪有确凿的证据，并且做出对其量刑不超过 15 年的承诺，可以将其引渡给中国。根据我国引渡法的有关规定，下列哪些判断是正确的？

- A. 我国对于甲国上述引渡所附条件，是否做出承诺表示接受，由最高人民法院决定
- B. 我国对于甲国上述引渡所附条件，是否做出承诺表示接受，由最高人民检察院提请最高人民法院做出决定
- C. 如果我国决定接受甲国上述引渡条件，表示接受该条件的承诺由外交部向甲国做出
- D. 一旦我国做出接受上述条件的承诺并引渡成功，我国司法机关在对李某审判和量刑时，应当受该承诺的约束

5. (2007 - 1 - 29)③ 甲国 1999 年发生未遂军事政变，政变领导人朗曼逃到乙国。甲国法院缺席判决朗曼 10 年有期徒刑。甲乙两国之间没有相关的任何特别协议。根据国际法有关规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 甲国法院判决生效后，甲国可派出军队进入乙国捉拿朗曼，执行判决
- B. 乙国可以给予朗曼庇护
- C. 乙国有义务给予朗曼庇护
- D. 甲国法院的判决生效后，乙国有义务将朗曼逮捕并移交甲国

① D。  
② ACD。  
③ B。





6. (2007-1-78)<sup>①</sup> 甲国人亨利持假护照入境乙国, 并以政治避难为名进入丙国驻乙国的使馆。甲乙丙三国都是《维也纳外交关系公约》的缔约国, 此外彼此间没有相关的其他协议。根据国际法的有关规则, 下列哪些选项是正确的?

- A. 亨利目前位于乙国领土上, 其身份为非法入境者
- B. 亨利目前位于丙国领土内, 丙国有权对其提供庇护
- C. 丙国有义务将亨利引渡给甲国
- D. 丙国使馆有义务将亨利交由乙国依法处理

## 考点

四

## 国际人权法概述

### 考点解析

#### 1. 国际人权条约体系

1948年12月10日, 联合国大会通过了战后第一个专门关于人权的国际文件——《世界人权宣言》。这个宣言是人权保护事业发展史上的重要里程碑, 标志着人权问题全面进入国际法领域, 成为国际社会的共同关切事项。

1966年12月, 联合国大会通过了《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》(简称“1966年两项人权公约”)。这两个公约分别于1976年1月3日和1976年5月23日生效, 这标志着国际人权法的形成, 在国际人权法的发展史上具有特别重要的意义。

《公民权利和政治权利国际公约》涉及了广泛的公民权利, 包括生命权、免于酷刑、人身自由、公正审判、信仰自由、和平集会、选举权和被选举权等等, 要求缔约国尊重和保护这些权利, 并为达到此目的采取必要的立法或其他措施, 以实现公约所涉及的各项权利。

《经济、社会、文化权利国际公约》主要涉及一系列的经济社会权利, 包括工作权、社会保障权、家庭权、健康权、受教育权等。它要求缔约国尽最大能力采取措施, 以便使这些权利逐渐得到实现。

《世界人权宣言》、《经济、社会、文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》及其第一和第二附加议定书, 是国际人权法的核心, 被称为“国际人权宪章”。

#### 2. 国际保护人权机制

##### (1) 设立国际人权机构

目前国际社会已经设立了一些专门的人权机构, 如根据《联合国宪章》2006年成立的人权理事会。人权理事会是大会的附属机构, 直接向会员国负责。

##### (2) 报告及审查制度

缔约国应按公约规定的时间和程序向有关机关提交报告, 说明他们在遵行本公约确认的人权方面所采取的各种措施, 所取得的进展, 或所面临的困难, 该有关机构有权对此类报告进行审议, 也可就报告的内容发表评论或提出建议。

<sup>①</sup> AD。





### (3) 缔约国指控处理及和解制度

人权保护的有关公约规定，国家间可以控诉不履行公约的行为，以通过国际机构斡旋与和解，或者用法律方法进行解决。

### (4) 个人申诉制度

是指有关个人通过国际机构维护自身权利，促使有关国家，特别是其本国，履行国际人权义务的重要程序。

## 真题演练

(2008-1-31)<sup>①</sup> 为促进对人权的尊重和保护，联合国大会 2006 年通过决议，设立了一个专门负责联合国人权领域工作的大会附属机构。下列哪一个选项是正确的？

- A. 联合国人权委员会
- B. 联合国人权事务委员会
- C. 联合国人权理事会
- D. 联合国人权法院

<sup>①</sup> C。



## 第五讲 外交关系法与领事关系法

### 【本讲概要】

了解：外交关系和领事关系的性质，外交代表机关的构成、职务和法律地位。

理解：外交特权豁免的依据，外交特权豁免与领事特权豁免的区别和联系。

熟悉：外交特权豁免和领事特权豁免的规则。

### 考点一 外交关系法

#### 重点法条

#### 《外交特权与豁免条例》

第四条 使馆馆舍不受侵犯。中国国家工作人员进入使馆馆舍，须经使馆馆长或者其授权人员的同意。中国有关机关应当采取适当措施，保护使馆馆舍免受侵犯或者损害。使馆的馆舍、设备及馆舍内其他财产和使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或者强制执行。

第十二条 外交代表人身不受侵犯，不受逮捕或者拘留。中国有关机关应当采取适当措施，防止外交代表的人身自由和尊严受到侵犯。

第十四条 外交代表享有刑事管辖豁免。外交代表享有民事管辖豁免和行政管辖豁免，但下列各项除外：

（一）外交代表以私人身份进行的遗产继承的诉讼；

（二）外交代表违反第二十五条第三项规定在中国境内从事公务范围以外的职业或者商业活动的诉讼。外交代表免受强制执行，但对前款所列情况，强制执行对其人身和寓所不构成侵犯的，不在此限。外交代表没有以证人身份作证的义务。

第十五条 外交代表和第二十条规定享有豁免的人员的管辖豁免可以由派遣国政府明确表示放弃。外交代表和第二十条规定享有豁免的人员如果主动提起诉讼，对与本诉直接有关的反诉，不得援用管辖豁免。放弃民事管辖豁免或者行政管辖豁免，不包括对判决的执行也放弃豁免。放弃对判决执行的豁免须另作明确表示。

第二十条 与外交代表共同生活的配偶及未成年子女，如果不是中国公民，享有第十二条至第十八条所规定的特权与豁免。

使馆行政技术人员和与其共同生活的配偶及未成年子女，如果不是中国公民并且不是在中国永久居留的，享有第十二条至第十七条所规定的特权与豁免，但民事管辖豁免和行政管辖豁免，仅限于执行公务的行为。使馆行政技术人员到任后半年内运进的安家物品享有第十八条第一款所规定的免税的特权。

使馆服务人员如果不是中国公民并且不是在中国永久居留的，其执行公务的行为享有

豁免，其受雇所得报酬免纳所得税。其到任后半年内运进的安家物品享有第十八条第一款所规定的免税的特权。

使馆人员的私人服务员如果不是中国公民并且不是在中国永久居留的，其受雇所得的报酬免纳所得税。

第二十一条 外交代表如果是中国公民或者获得在中国永久居留资格的外国人，仅就其执行公务的行为，享有管辖豁免和不受侵犯。

第二十八条 本条例中下列用语的含义是：

（一）“使馆馆长”是指派遣国委派担任此项职位的大使、公使、代办以及其他同等级别的人；

（二）“使馆人员”是指使馆馆长和使馆工作人员；

（三）“使馆工作人员”是指使馆外交人员、行政技术人员和服务人员；

（四）“使馆外交人员”是指具有外交官衔的使馆工作人员；

（五）“外交代表”是指使馆馆长或者使馆外交人员；

（六）“使馆行政技术人员”是指从事行政和技术工作的使馆工作人员；

（七）“使馆服务人员”是指从事服务工作的使馆工作人员；

（八）“私人服务员”是指使馆人员私人雇用的人员；

（九）“使馆馆舍”是指使馆使用和使馆馆长官邸的建筑物及其附属的土地。

## 考点解析

### （一）外交机关

#### 1. 国家中央外交机关

（1）国家元首。国家元首是国家的最高首脑，在国家对外关系上是国家的最高机关和最高代表。在国际法上，国家元首在国际交往中有权代表国家行为，他所作的在法律上有意义的一切行为都被认为是国家行为。

根据国际习惯，国家元首在外国礼仪上享有某些尊荣和特权，国家元首在外国时享有完全的外交特权和豁免。

（2）政府和政府首脑。政府是国家的最高行政机关，政府在对外关系中职权广泛，由宪法和法律规定，一般包括领导外交工作，管理对外事务，同外国政府签订条约，签发参加谈判或国际会议代表的全权证书，任免一定等级的外交人员等。

（3）外交部门。外交部门是专门执行国家对外政策、处理日常外交事务的机关，它指导和监督驻外使领馆、特别使团和驻国际组织使团、出席国际会议代表团等的工作和活动。

#### 2. 外交代表机关

外交代表机关分为常驻外交代表机关和临时性外交代表机关两类。常驻代表机关一般指使馆，还包括一国派驻国际组织的常驻代表机关（使团）。临时性机关又称为特别使团。

（1）使馆的建立。使馆是一国派驻他国的常驻外交使团，是派遣国家的全权外交代表机关。

（2）使馆的职务。根据1961年《维也纳外交关系公约》第3条规定，使馆主要有五项职务：①代表；②保护；③谈判；④调查；⑤促进。

（3）使馆人员的组成。使馆人员由使馆馆长和使馆职员组成。使馆职员包括外交职





员、行政技术职员及服务职员。

使馆馆长是使馆的最高首长，是一国派驻另一国的使节，是派遣国在接受国的代表。使馆馆长分为大使、公使和代办三个等级。

代办和临时代办是不同的。临时代办是在使馆馆长空缺或因故不能执行职务时，被委任临时代行馆长职务的人。临时代办不是一个级别的馆长，委任临时代办不需征得接受国同意。

外交职员，是馆长之外的其他具有外交官职位的使馆职员。包括参赞、武官、秘书和随员。

行政技术职员是使馆中从事行政和技术的人员，包括办公室人员、财务人员、翻译人员、打字员、无线电技术人员等。

服务职员为使馆服务，包括传达人员、司机、维修工、清洁工、厨师等。

(4) 使馆人员的派遣与接受。使馆馆长和使馆中的武官派遣和接受要遵守一定的程序。

① 征求同意。接受国可以拒绝接受其所不同意的任何派遣国使馆人员，并无需向派遣国说明理由。对于派遣国的使馆馆长及外交人员，接受国可以随时不加解释地宣布其为“不受欢迎的人”。对于使馆的其他人员，接受国可以宣布其为“不能接受的人”。

注意：使馆的其他人员派遣国可直接委派，一般无需事先征求接受国同意，但是委派的是接受国国籍的人或属第三国国籍的人为使馆的外交职员仍须经接受国的同意，才能派遣。

② 递交国书。大使和公使级馆长的国书由其国家元首签发给接受国元首，代办级馆长的国书由外交部长签署，向接受国外交部长发出。

(5) 使馆和外交代表职务的开始和终止。我国规定的使馆馆长正式递交国书的日期为其在华执行使馆职务的开始日期。除使馆馆长以外，使馆的其他外交官的职务以其到达接受国担任使馆职务为开始。

使馆职务终止的情况主要有：两国断交；派遣国和接受国的主体资格灭失；因革命或政变产生新政府等原因。

(6) 外交团。狭义外交团是指驻在一国的各国外交使节全体组成的团体。广义的外交团还包括外交使节的家属。外交团通常设一团长，由外交团中等级最高、到任时间最早的使馆馆长担任。外交团的作用主要在礼仪方面，外交团不具有任何法律职能，不得从事任何政治性的活动或干涉接受国的内政。

(7) 特别使团。特别使团是一国经另一国的同意或邀请，为了就特别问题同该另一国进行交涉，或为了执行同该另一国有关的特别任务，而派往该国、代表其本国的临时机构。

特别使团与使馆的主要区别在于特别使团是临时性的，其任务是特定的；而使馆则是常驻的，其任务是一般性的，不特定的。

特别使团的派遣需在事先通过外交途径或者其他双方同意或共同接受的途径取得接受国的同意。派遣同一特别使团前往两个或两个以上国家，应在分别征得每一个接受国的同意时说明此事。特别使团也适用接受国对使馆人员的“不受欢迎的人”和“不能接受”的制度。特别使团及其各类人员大体上分别享有《维也纳外交关系公约》中规定的使馆及其相应的各类人员的外交特权和豁免和相应义务，但有些不同。比如，特别使团的房舍不



可侵犯，但在遇到火灾或其他严重的灾难而无法获得使团团长明确答复的情况下，接受国可以推定获得同意而进入房舍；使团有关人员公务以外使用车辆的交通事故引起的诉讼，接受国可以管辖。

## （二）外交特权与豁免

### 1. 使馆的特权与豁免

（1）使馆馆舍不得侵犯。接受国人员非经使馆馆长许可，不得进入使馆馆舍，没有任何例外；接受国应采取一切适当步骤保护使馆馆舍免受侵入或侵害；使馆馆舍及设备，以及馆舍内其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。

（2）使馆档案及文件不得侵犯。使馆的档案及文件无论何时，也不论位于何地，均不得侵犯。

（3）通讯自由。使馆为了通讯的需要可采用一切适当方法，但非经接受国同意不得装置并使用无线电发报机。使馆的来往公文不得侵犯。接受国对外交邮袋不得予以开拆或扣留，并提供便利以保障迅速传递。外交信差在执行职务时应受到接受国的保护，享有人身不受侵犯权，不受任何方式的逮捕或拘禁。

（4）使馆免纳捐税。免纳捐税的范围有：使馆馆舍免纳国家的、区域的或地方的捐税，如房地产税，但此项免除不包括为使馆提供的特定服务所收的费用，如水费、电费和清洁费等；使馆办理公务所收的规费及手续费免纳捐税；使馆的公务用品，如办公室家具、打字机、车辆等免纳关税和其他课征，但储存、运送及类似服务费不在此列。

（5）使馆人员有行动和旅行自由。但使馆人员不得擅自进入接受国法律禁止或限制进入的区域，不得进行间谍、颠覆等违法活动。

（6）使用派遣国的国家标志。

### 2. 外交人员的特权与豁免

（1）人身不可侵犯。一方面，接受国对外交人员的尊严应予尊重，不得侮辱其人格，不得对外交人员的人身实施搜查、逮捕或拘留。但这并不排斥接受国对外交人员犯罪行动的防止或制止而采取措施的实施，也不排除由于外交人员本人的挑衅行为而引起的他人正当防卫的实施。接受国应采取适当的保护措施，保障外交人员的安全，防止任何侵犯外交人员人身、自由和尊严的行为发生，并对侵犯外交人员人身自由和尊严的犯罪行为予以制裁。

（2）寓所、财产和文书信件不可侵犯。外交人员的私人寓所不得侵犯并应得到保护，接受国的官员、司法人员等未经外交人员的许可不得进入。外交人员的寓所指外交人员的住所，包括临时住所，如旅馆的房间。接受国不得侵犯外交人员的文书、信件以及财产。

（3）管辖豁免。管辖豁免包括：①刑事管辖豁免。外交代表触犯了接受国的刑律，接受国的司法机关不得对其进行审判和处罚。这种豁免是绝对的。②民事和行政管辖豁免。外交代表卷入民事纠纷，接受国的法院不对外交人员进行民事管辖，包括不进行审判和处罚，也不采取强制执行措施。在行政管辖事项上，也不得对外交代表实行管辖。

外交代表的民事和行政管辖豁免有以下例外情况：①外交代表在接受国境内私有不动产物权的诉讼；②外交代表以私人身份并不代表派遣国而作为遗嘱执行人、遗产管理人、继承人或受赠人之继承事项的诉讼；③外交代表在接受国内在从事公务之外的专业或商务活动的诉讼；④外交人员主动起诉而引起的与该诉讼直接有关的反诉。

虽然在这些情形下，外交代表不享有豁免，但在他不享有豁免或败诉的情况下，接受

国也不得对其强制执行。

与管辖相关,外交代表免除作证义务,但接受国可以请求派遣国同意外交代表作证。

注意:外交人员的特权和管辖豁免的放弃只能由派遣国明示作出,并且,诉讼程序上管辖豁免的放弃,不得视为对判决执行豁免的默示放弃。判决执行豁免须另行明示放弃。

与外交人员构成同一户口的家属,如系非接收国国民,亦享有与外交人员相同的特权与豁免。我国《外交特权与豁免条例》第20条第1款规定,与外交代表共同生活的配偶及未成年子女,如果不是中国公民,享有与外交代表相同的特权和豁免。

(4) 某些方面免税和免验。外交人员免除一切对人对物课征的国家的、区域的或地方的捐税。其中主要是免纳个人所得税和其他直接税,对通常计入商品或劳务价格内的间接税、在接受国境内私有不动产课征的捐税、遗产税、法院手续费等一般不在免除之列。外交人员或与之构成同一户口的家属的私人用品,包括其定居所用的物品在内免除一切关税及类似税费。

(5) 其他豁免。免除一切个人劳务和各种公共服务,如不服兵役,不担任陪审员等等。

### 真题演练

1. (2002-1-94)<sup>①</sup> 杜某为甲国驻乙国使馆的三等秘书,艾某为丙国驻乙国使馆的随员。杜某在乙国首都实施抢劫,有1名乙国人在抢劫中被其杀死。艾某当时恰好目击了该抢劫杀人事件。甲乙丙三国都是《维也纳外交关系公约》的缔约国,且三国之间没有其他双边的涉及外交和领事特权与豁免方面的协定。根据国际法规则,下列判断哪些是错误的?

A. 如杜某本人表示放弃其管辖豁免,则乙国即可以对其提起刑事诉讼,无论使馆是否同意

B. 如艾某本人表示愿意出庭作证,则乙国即可以带其到法庭作证,无论使馆是否同意

C. 乙国向甲国提出请求,要求放弃杜某的豁免,如甲国没有答复,则可以报定甲国已经同意放弃,从而对杜某提起刑事诉讼

D. 如甲国表示放弃杜某的管辖豁免,则乙国可以对杜某进行提起刑事诉讼,而不论杜某本人是否同意

2. (2003-1-60)<sup>②</sup> 甲乙两国都是维也纳外交关系公约的缔约国。赵某为甲国派驻乙国的商务参赞。在乙国任职期间,赵某遇到的下列哪些争议可以由乙国法院管辖?

A. 赵某以使馆的名义,向乙国某公司购买一栋房屋,因欠款而被售房公司起诉

B. 赵某在乙国的叔叔去世,其遗嘱言明将一栋位于乙国的楼房由赵某继承,但其叔叔之子对此有异议,而诉诸法院

C. 赵某工作之余,为乙国一学生教授外语并收取酬金,但其未能如约按时辅导该学生,该学生诉诸法院,要求其承担违约责任

D. 赵某与使馆的另一位参赞李某,因国内债务问题发生纠纷,李某试图将此纠纷诉

① ABC。

② BC。





诸乙国法院解决

3. (2003-1-93)<sup>①</sup> 与《维也纳外交关系公约》相比,我国1986年颁布的《中华人民共和国外交特权与豁免条例》增加了给予外交特权豁免的人员种类。下列何种人是该《条例》增加的?

- A. 使馆外交人员
- B. 外交信使
- C. 持有中国外交签证的人员
- D. 由中国过境的前往第三国的外交人员

4. (2005-1-95)<sup>②</sup> 安某和皮某分别是甲国驻乙国使馆的三等秘书和随员。安某多次参加乙国群众举行的反政府和游行;皮某则是大量订阅乙国反对党公开出版的刊物并将有关内容向甲国报告。根据国际法的有关规则,下列判断何者为正确?

- A. 安某的行为违背了外交人员对驻在国的有关义务规定
- B. 皮某的行为违背了外交人员对驻在国的有关义务规定
- C. 一旦安某或皮某的行为被确定为违背了相关的义务,其外交特权与豁免即应被剥夺
- D. 一旦外交人员的行为被确定为违背了相关的义务,驻在国可以宣布其为“不受欢迎的人”,要求其在限定时间内离境

5. (2007-1-33)<sup>③</sup> 康某是甲国驻华使馆的官员。与康某一起生活的还有其妻、其子(26岁,已婚)和其女(15岁)。该三人均具有甲国国籍。一日,四人在某餐厅吃饭,与邻桌发生口角,引发斗殴并致对方重伤。警方赶到时,斗殴已结束。甲国为《维也纳外交关系公约》的缔约国,与我国没有相关的其他协议。根据国际法和我国法律的相关规定,下列哪一选项是正确的?

- A. 警方可直接对康某采取强制措施,包括立即限制其人身自由
- B. 警方可直接对其妻依法采取强制措施,包括立即限制其人身自由
- C. 警方可直接对其子依法采取强制措施,包括立即限制其人身自由
- D. 警方不得对康家的任何人采取任何强制措施,包括立即限制其人身自由

6. (2008-1-30)<sup>④</sup> 甲乙两国1990年建立大使级外交关系,并缔结了双边的《外交特权豁免议定书》。2007年两国交恶,甲国先宣布将其驻乙国的外交代表机构由大使馆降为代办处,乙国遂宣布断绝与甲国的外交关系。之后,双方分别撤走了各自驻对方的使馆人员。对此,下列哪一选项是正确的?

- A. 甲国的行为违反国际法,应承担国家责任
- B. 乙国的行为违反国际法,应承担国家责任
- C. 上述《外交特权豁免议定书》终止执行
- D. 甲国可以查封没收乙国使馆在甲国的财产

7. (2008-1-32)<sup>⑤</sup> 克森公司是甲国的一家国有物资公司。去年,该公司与乙国驻

① C。  
② AD。  
③ C。  
④ C。  
⑤ C。



丙国的使馆就向该使馆提供馆舍修缮材料事宜，签订了一项供货协议。后来，由于使馆认为克森公司交货存在质量瑕疵，双方产生纠纷。根据国际法的有关规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 乙国使馆无权在丙国法院就上述事项提起诉讼
- B. 克森公司在丙国应享有司法管辖豁免
- C. 乙国使馆可以就该事项向甲国法院提起诉讼
- D. 甲国须对克森公司的上述行为承担国家责任

8. (四川 2008 - 1 - 29)<sup>①</sup> 2007 年，甲国国内不幸爆发某种流行传染病。据报，甲国驻乙国大使的官邸发现疑似患者。乙国卫生防疫人员迅速赶到该官邸外，做好处理患者准备工作。甲、乙两国都是《维也纳外交关系公约》的缔约国，且彼此间没有其他的相关协定。根据该公约规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 由于官邸处于城市居民区，乙国卫生防疫人员可以立即进入官邸调查处理患者
- B. 只要患者不是大使本人或其家属，乙国卫生防疫人员就可以进入官邸进行调查和处理工作
- C. 如果未得到甲国大使的明确同意，乙国卫生防疫人员不得进入官邸进行调查和处理工作
- D. 只要甲国大使没有明确反对，乙国卫生防疫人员就可以进入官邸进行调查和处理工作

9. (2009 - 1 - 79)<sup>②</sup> 经乙国同意，甲国派特别使团与乙国进行特定外交任务谈判，甲国国民贝登和丙国国民奥马均为使团成员，下列哪些选项是正确的？

- A. 甲国对奥马的任命需征得乙国同意，乙国一经同意则不可撤销此项同意
- B. 甲国特别使团下榻的房舍遇到火灾而无法获得使团团长的明确答复时，乙国可以推定获得同意进入房舍救火
- C. 贝登在公务之外开车肇事被诉诸乙国法院，因贝登有豁免权乙国法院无权管辖
- D. 特别使团也适用对使馆人员的“不受欢迎的人”的制度

## 考点二 领事关系法

### 重点法条

#### 《领事特权与豁免条例》

第二条 领事官员应当是具有派遣国国籍的人。如果委派具有中国或者第三国国籍的人或者派遣国在中国永久居留的人为领事官员，必须征得中国主管机关的同意。中国主管机关可以随时撤销此项同意。

第三条 领馆及其馆长有权在领馆馆舍、馆长寓所和馆长执行职务所乘用的交通工具

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> BD，选项 A 错误。任命接受国或第三国国民为代表或外交人员时，应征得接受国同意，并且接受国可随时撤销此项同意。选项 B 正确。特别使团的房舍不可侵犯，但在遇到火灾或其他严重的灾难而无法获得使团团长的明确答复的情况下，接受国可以推定获得同意而进入房舍。选项 C 错误。有关人员公务以外使用车辆的交通肇事引起的诉讼，接受国可以管辖。选项 D 正确。特别使团也适用接受国对使馆人员的“不受欢迎的人”和“不能接受”的制度。



上，使用派遣国国旗或者国徽。

第四条 领馆馆舍不受侵犯。中国国家工作人员进入领馆馆舍，须经领馆馆长或者派遣国使馆馆长或者他们两人中一人授权的人员同意。遇有火灾或者其他灾害须迅速采取保护行动时，可以推定领馆馆长已经同意。中国有关机关应当采取适当措施保护领馆馆舍免受侵犯或者损害。

第五条 领馆馆舍和馆长寓所免纳捐税，但为其提供特定服务所收的费用不在此限。领馆办理公务所收规费和手续费免纳捐税。

第六条 领馆的档案和文件不受侵犯。

第七条 领馆成员在中国境内有行动和旅行的自由，但中国政府规定禁止或者限制进入的区域除外。

第八条 领馆为公务目的可以同派遣国政府以及派遣国使馆和其他领馆自由通讯。通讯可以采用一切适当方法，包括外交信使或者领事信使、外交邮袋或者领事邮袋和明码、密码电信在内。

第九条 领馆设置和使用无线电收发信机，必须经中国政府同意。领馆运进上述设备，按照中国政府的有关规定办理。

第十条 领事邮袋不得开拆或者扣留。

领事邮袋以装载来往公文、公务文件及公务用品为限，应予加封并附有可资识别的外部标记。如中国有关机关有重大理由认为领事邮袋装有上述物品以外的物品时，可要求领事官员或者其授权人员在中国有关机关人员在场的情况下开拆；如领事官员拒绝此项要求，领事邮袋应予退回至原发送地点。

第十一条 领事信使必须是具有派遣国国籍的人，并且不得是在中国永久居留的。领事信使必须持有派遣国主管机关出具的信使证明书。领事信使人身不受侵犯，不受逮捕或者拘留。

临时领事信使必须持有派遣国主管机关出具的临时信使证明书，在其负责携带领事邮袋期间享有与领事信使同等的豁免。

商业飞机机长或者商业船舶船长受委托可以转递领事邮袋，但机长或者船长必须持有委托国官方证明文件，注明所携带的领事邮袋件数。机长或者船长不得视为领事信使。经与中国地方人民政府主管机关商定，领馆可以派领馆成员与机长或者船长接交领事邮袋。

第十二条 领事官员人身不受侵犯。中国有关机关应当采取适当措施，防止领事官员的人身自由和尊严受到侵犯。

领事官员不受逮捕或者拘留，但有严重犯罪情形，依照法定程序予以逮捕或者拘留的不在此限。领事官员不受监禁，但为执行已经发生法律效力判决的不在此限。

第十三条 领事官员的寓所不受侵犯。

领事官员的文书和信件不受侵犯。

领事官员的财产不受侵犯，但本条例第十四条另有规定的除外。

第十四条 领事官员和领馆行政技术人员执行职务的行为享有司法和行政管辖豁免。领事官员执行职务以外的行为的管辖豁免，按照中国与外国签订的双边条约、协定或者根据对等原则办理。

领事官员和领馆行政技术人员享有的司法管辖豁免不适用于下列各项民事诉讼：

（一）涉及未明示以派遣国代表身份所订的契约的诉讼；





(二) 涉及在中国境内的私有不动产的诉讼,但以派遣国代表身份所拥有的为领馆使用的不动产不在此限;

(三) 以私人身份进行的遗产继承的诉讼;

(四) 因车辆、船舶或者航空器在中国境内造成的事故涉及损害赔偿的诉讼。

第十五条 领馆成员可以被要求在司法或者行政程序中到场作证,但没有义务就其执行职务涉及事项作证。领馆成员有权拒绝以鉴定人身份就派遣国的法律提出证词。领事官员拒绝作证,不得对其采取强制措施或者给予处罚。领馆行政技术人员和领馆服务人员除执行职务所涉及事项外,不得拒绝作证。

第十六条 本条例规定的有关人员所享有的管辖豁免可以由派遣国政府明确表示放弃。依照本条例规定享有管辖豁免的人员如果主动提起诉讼,对与本诉直接有关的反诉,不得援用管辖豁免。放弃民事管辖豁免或者行政管辖豁免,不包括对判决的执行也放弃豁免。放弃对判决执行的豁免须由派遣国政府另作明确表示。

第十七条 领事官员和领馆行政技术人员免纳捐税,但下列各项除外:

(一) 通常计入商品价格或者服务价格内的捐税;

(二) 对在中国境内私有不动产所征的捐税,但用作领馆馆舍的不在此限;

(三) 有关遗产的各种捐税,但领事官员亡故,其在中国境内的动产的有关遗产的各种捐税免纳;

(四) 对来源于中国境内的私人收入所征的捐税;

(五) 为其提供特定服务所收的费用。领馆服务人员在领馆服务所得工资,免纳捐税。

第十八条 领馆成员免除一切个人和公共劳务以及军事义务。领事官员和领馆行政技术人员免除中国法律、法规关于外国人登记和居留许可所规定的义务。

第十九条 领馆运进的公务用品,领事官员运进的自用物品和领馆行政技术人员到任后半年内运进的自用物品包括安家物品,按照中国政府的有关规定免纳关税和其他捐税,但保管、运输及类似服务费用除外。

领事官员和领馆行政技术人员运进的前款所述自用物品,不得超过直接需要的数量。

领事官员的私人行李免受查验,但中国有关机关有重大理由认为其中装有不属于本条第一款规定的自用物品或者中国法律和政府规定禁止运进、运出或者管制的物品,可以查验。查验时,须有领事官员或者授权的人员到场。

第二十一条 与领事官员、领馆行政技术人员、领馆服务人员共同生活的配偶及未成年子女,分别享有领事官员、领馆行政技术人员、领馆服务人员根据本条例第七条、第十七条、第十八条、第十九条的规定所享有的特权与豁免,但身为中国公民或者在中国永久居留的外国人除外。

第二十二条 领事官员如果是中国公民或者在中国永久居留的外国人,仅就其执行职务的行为,享有本条例规定的特权与豁免。

领馆行政技术人员或者领馆服务人员如果是中国公民或者在中国永久居留的外国人,除没有义务就其执行职务所涉及事项作证外,不享有本条例规定的特权与豁免。

私人服务人员不享有本条例规定的特权与豁免。

第二十三条 下列人员在中国过境或者逗留期间享有所必需的豁免和不受侵犯:

(一) 途经中国的外国驻第三国的领事官员和与其共同生活的配偶及未成年子女;

(二) 持有中国外交签证或者持有与中国互免签证国家外交护照的外国领事官员。



第二十四条 享有领事特权与豁免的人员：

- (一) 应当尊重中国的法律、法规；
- (二) 不得干涉中国的内政；
- (三) 不得将领馆馆舍和领馆成员的寓所充作与执行领事职务不相符合的用途。

第二十五条 领事官员不得在中国境内为私人利益从事任何职务范围以外的职业或者商业活动。

第二十六条 如果外国给予中国驻该国领馆、领馆成员以及途经或者临时去该国的中国驻第三国领事官员的领事特权与豁免，不同于中国给予该国驻中国领馆、领馆成员以及途经或者临时来中国的该国驻第三国领事官员领事特权与豁免，中国政府根据对等原则，可以给予该国驻中国领馆、领馆成员以及途经或者临时来中国的该国驻第三国领事官员以相应的领事特权与豁免。

第二十八条 本条例中下列用语的含义是：

- (一) “领馆”是指总领事馆、领事馆、副领事馆或者领事代理处；
- (二) “领区”是指为领馆执行领事职务而设定的区域；
- (三) “领馆馆长”是指派遣国委派领导领馆的总领事、领事、副领事或者领事代理人；
- (四) “领事官员”是指总领事、副总领事、领事、副领事、领事随员或者领事代理人；
- (五) “领馆行政技术人员”是指从事领馆行政或者技术工作的人员；
- (六) “领馆服务人员”是指从事领馆服务工作的人员；
- (七) “领馆成员”是指领事官员、领馆行政技术人员和领馆服务人员；
- (八) “私人服务人员”是指领馆成员私人雇用的服务人员；
- (九) “领馆馆舍”是指专供领馆使用的建筑物或者部分建筑物及其附属的土地

## 考点解析

### (一) 领事机构的建立及其职务

#### 1. 领事馆的组成

领事馆是领事执行职务的机关，在各国的实践中，领事机关分为使馆内的领事部和专设的领事馆两类。专设的领事馆可以分为总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代理处。此外，有些国家不设立单独的领事馆，而是在驻外使馆内设领事部，办理领事职务。

#### 2. 领馆人员

领馆人员包括领事官员、领事雇员及服务人员。

领事官员是指承办领事职务的人，包括领馆馆长在内。

领馆馆长也分为四个等级：总领事、领事、副领事、领事代理人。

领事官员分为两类：职业领事官员和名誉领事官员。职业领事官员是由派遣国任命的专职的政府工作人员，不从事其他职业。名誉领事官员一般是从当地的本国侨民中选任，也可以从接受国的国民中选任，通常由律师或商人担任。

注意：我国既不委派也不接受名誉领事官员。

领事雇员是受雇担任领馆行政或技术事务的人员，如书记员、办公室助理员、档案员等。



服务人员是指受雇担任领馆杂务的人员，如司机、清洁工、传达人员等。

### 3. 领事职责

领事的职责包括：①保护；②促进；③调查；④援助和监督；⑤办理相关的法律手续。

## （二）领事特权与豁免

### 1. 领馆的特权与豁免

（1）领馆馆舍不受侵犯。接受国官员未经馆长同意，不得进入领馆馆舍中专供领馆工作之用部分，但在发生火灾或者其他灾害需要迅速采取保护行动时，可以推定馆长同意；接受国对领馆馆舍负有特殊的保护责任；领馆馆舍及设备，以及馆舍内其他财产与使馆交通工具一般免受为国防或公务目的而实施的任何方式的征用。如果接受国确有征用之必要时，应采取一切可能之步骤以免妨碍领馆执行职务，并应向派遣国作出迅速、充分及有效的补偿。

注意：领馆馆舍的豁免与使馆馆舍豁免的不同。

（2）领馆档案及文件不得侵犯。领馆的档案和文件无论何时，不论位于何处，均不得侵犯。

（3）通讯自由。领馆有权与派遣国政府及无论何处的该国使馆及其他领馆自由通讯，接受国对此不得干扰或阻碍。领馆为通讯可使用外交或领馆信差、外交或领馆邮袋及明码电信。但装置及使用无线电发报机须经接受国同意。领馆的来往公文不受侵犯。领馆的邮袋不得予以开拆或扣留，但如有重大理由可在派遣国授权代表在场下开拆邮袋。若派遣国拒绝开拆，邮袋应退回原发送地。领事信差在执行职务时，应受接受国保护，其人身不受侵犯，不受任何方式的逮捕或拘禁。

（4）行动自由。领馆人员在接受国境内有行动自由及旅行自由。但接受国为国家安全而禁止或限制进入的区域除外。

（5）免纳捐税、关税。领馆馆舍免纳国家的、区域的或地方的捐税，领馆执行公务所收的规费及手续费免纳捐税；领馆的公务用品免纳关税和其他课征，但储存、运送及类似服务费不在免除之列。

（6）与派遣国国民通讯及联络。领馆可以自由地与其侨民会见和通讯，并有权探视受羁押的其国民。

（7）使用国旗、国徽。

### 2. 领事官员的特权与豁免

（1）人身不受侵犯。接受国对领事官员不得予以逮捕候审或羁押候审，不得监禁或以其他方式拘束领事官员的人身自由，但对犯有严重罪行或司法机关已裁判执行的除外。接受国有关当局对领事官员应予尊重，并采取适当的步骤防止其自由或尊严受到侵犯。

（2）管辖豁免。在管辖豁免上，领事官员执行职务不受接受国的司法和行政管辖，但有两点例外：领事官员未明示或默示以派遣国代表身份而订立契约所发生的诉讼；第三者因车辆船舶或航空器在接受国所造成的意外事故而要求损害赔偿的诉讼。此外，如就可免受管辖的事项上主动提起诉讼，不得对与本诉直接相关的反诉主张管辖豁免。

（3）作证义务的免除。领事官员对其执行职务所涉及的事项没有作证或提供有关公文或文件的义务。除此之外领事官员不得拒绝作证。但如果领事拒绝作证也不得对他施以强制或处罚。另外，要求领事作证的机关应避免妨碍领事执行职务，在可能情况下可以在领





事寓所或领馆录取证言或证词。

领事官员的特权和豁免的放弃必须由派遣国明示作出，并以书面通知接受国。对民事或行政诉讼程序的管辖豁免的放弃，不得视为对司法判决执行的豁免的默示放弃。执行豁免的放弃也必须分别明确作出。

(4) 免纳捐税、关税，私人行李免受查验，如有重要理由需要查验，应于领事或其家属在场时进行。

### 真题演练

(四川 2008 - 1 - 79)<sup>①</sup> 2007 年底，甲国驻乙国总领馆的一只邮袋在乙国入境时，被乙国有关部门怀疑内有违禁品，并试图拆开检查。该邮袋上有领馆专用的明显标志。甲、乙两国均为《维也纳领事关系公约》的缔约国，但相互间无其他相关协定。根据公约的规定，下列哪些选项是正确的？

- A. 乙国有关部门有权自行打开该邮袋检查
- B. 乙国有关部门若打开该邮袋检查，须在甲国授权代表在场的情况下进行
- C. 若甲国拒绝打开该邮袋，则乙国可以对该邮袋采取没收或扣押措施
- D. 若甲国拒绝打开该邮袋，则乙国应将该邮袋退回原发送地

<sup>①</sup> BD。



## 第六讲 条约法

### 【本讲概要】

了解：条约的特征、条约缔结的一般程序、条约修订的一般规则。

理解：条约成立的实质要件，条约的保留，中国缔结条约的国内法程序。

熟悉：条约的效力、条约的解释，条约的终止和暂停施行。

### 考点一 条约的概念与实质要件

#### 考点解析

#### （一）条约的概念

条约是指两个或两个以上国际法主体之间依照国际法缔结的据以确定其相互权利与义务的书面协议。条约的特征：

- （1）条约是国际法主体之间缔结的协议。
- （2）条约是依据国际法缔结的协议。
- （3）条约是具有法律拘束力的文件，确立的是缔约方之间在国际法上的权利义务。
- （4）条约形式主要是书面的。

注意：一方不是国际法主体所签订的协议，或非国际法主体间签订的协议都不是条约。自然人和法人与国家或其他国际法主体之间签订的协议，无论内容或性质多么重要，都不是国际条约。

#### （二）条约成立的实质要件

##### 1. 缔约能力和缔约权

缔约能力是指国家和其他国际法主体拥有的合法缔结条约的能力。国家内部的行政单位、地方政府一般不能与外国缔结条约，除非得到国家的授权。

缔约权是指拥有缔约能力的主体，根据其内部的规则赋予某个机关或个人对外缔结条约的权限。缔约方必须具备完全的缔约权，即缔约机关不得超越其国内法关于缔约权的一般限制，被授权缔约的代表不得超越对其权限的特殊限制。

##### 2. 自由同意

条约是缔约方意思表示一致的协议，缔约方自由地表示同意是条约成立的必要条件，而违反自由同意的条约不发生法律效力。在国际实践中，违反自由同意的情况有错误、诈欺、贿赂、强迫等几种类型。

（1）错误。即国家在缔约时假定存在并构成其同意承受条约拘束的必要根据的事实或情势存在错误。

(2) 诈欺。是指在谈判条约时, 缔约一方故意以虚假的陈述或事实欺骗另一方, 诱使其缔结条约的行为。

(3) 贿赂。是指在谈判条约时, 缔约一方对另一方的谈判代表进行贿赂, 使该谈判代表做出了同意承受条约约束的表示。

(4) 强迫。是指在谈判条约时, 缔约一方对另一方谈判代表的强迫和对另一方国家的强迫。

### 3. 符合强行法规则

强行法是为了满足整个国际社会的利益而存在的, 是国际社会全体公认为不可更改的、必须遵守的并且以后只能以同等性质的规则才能变更的规则。条约的内容必须符合国际强行法。

## 真题演练

(2003-1-58)<sup>①</sup> 假设甲、乙两国自愿经过谈判、签署和批准程序, 缔结了一项条约。该条约内容包括: 出于两国的共同利益。甲国将本国领土提供给乙国的军事力量使用, 用来攻击并消灭丙国国内的某个种族。根据国际法, 下列哪些说法是错误的?

- A. 由于双方平等自愿缔约, 满足条约成立的实质要件, 因此该条约是合法有效的
- B. 由于条约经过合法的缔结程序, 因此该条约是合法有效的
- C. 如果该条约的上述内容得到丙国同意, 则缔约行为的不法性可以排除
- D. 如果该条约的上述内容被实施, 则乙国的行为构成国际不法行为, 甲国的行为不构成不法行为

## 考点二 条约的缔结

### 重点法条

#### 《缔结条约程序法》

第三条 中华人民共和国国务院, 即中央人民政府, 同外国缔结条约和协定。

中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除。

中华人民共和国主席根据全国人民代表大会常务委员会的决定, 批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。

中华人民共和国外交部在国务院领导下管理同外国缔结条约和协定的具体事务。

第五条 谈判和签署条约、协定的决定程序如下:

(一) 以中华人民共和国名义谈判和签署条约、协定, 由外交部或者国务院有关部门会同外交部提出建议并拟订条约、协定的中方草案, 报请国务院审核决定;

(二) 以中华人民共和国政府名义谈判和签署条约、协定, 由外交部提出建议并拟订条约、协定的中方草案; 或者由国务院有关部门提出建议并拟订条约、协定的中方草案, 同外交部会商后, 报请国务院审核决定。属于具体业务事项的协定, 经国务院同意, 协定

<sup>①</sup> ABCD。





的中方草案由国务院有关部门审核决定，必要时同外交部会商；

（三）以中华人民共和国政府部门名义谈判和签署属于本部门职权范围内事项的协定，由本部门决定或者本部门同外交部会商后决定；涉及重大问题或者涉及国务院其他有关部门职权范围的，由本部门或者本部门同国务院其他有关部门会商后，报请国务院决定。协定的中方草案由本部门审核决定，必要时同外交部会商。经国务院审核决定的条约、协定的中方草案，经谈判需要作重要改动的，应重新报请国务院审核决定。

第六条 谈判和签署条约、协定的代表按照下列程序委派：

（一）以中华人民共和国名义或者中华人民共和国政府名义缔结条约、协定，由外交部或者国务院有关部门报请国务院委派代表。代表的全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署；

（二）以中华人民共和国政府部门名义缔结协定，由部门首长委派代表。代表的授权证书由部门首长签署。部门首长签署以本部门名义缔结的协定，各方约定出具全权证书的，全权证书由国务院总理签署，也可以由外交部长签署。

下列人员谈判、签署条约、协定，无须出具全权证书：

（一）国务院总理、外交部长；

（二）谈判、签署与驻在国缔结条约、协定的中华人民共和国驻该国使馆馆长，但是各方另有约定的除外；

（三）谈判、签署以本部门名义缔结协定的中华人民共和国政府部门首长，但是各方另有约定的除外；

（四）中华人民共和国派往国际会议或者派驻国际组织，并在该会议或者该组织内参加条约、协定谈判的代表，但是该会议另有约定或者该组织章程另有规定的除外。

第七条 条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。

前款规定的条约和重要协定是指：

（一）友好合作条约、和平条约等政治性条约；

（二）有关领土和划定边界的条约、协定；

（三）有关司法协助、引渡的条约、协定；

（四）同中华人民共和国法律有不同规定的条约、协定；

（五）缔约各方议定须经批准的条约、协定；

（六）其他须经批准的条约、协定。

条约和重要协定签署后，由外交部或者国务院有关部门会同外交部，报请国务院审核；由国务院提请全国人民代表大会常务委员会决定批准；中华人民共和国主席根据全国人民代表大会常务委员会的决定予以批准。

双边条约和重要协定经批准后，由外交部办理与缔约另一方互换批准书的手续；多边条约和重要协定经批准后，由外交部办理向条约、协定的保存国或者国际组织交存批准书的手续。批准书由中华人民共和国主席签署，外交部长副署。

第十三条 中华人民共和国同外国缔结的双边条约、协定，以中文和缔约另一方的官方文字写成，两种文本同等作准；必要时，可以附加使用缔约双方同意的一种第三种文字，作为同等作准的第三种正式文本或者作为起参考作用的非正式文本；经缔约双方同意，也可以规定对条约、协定的解释发生分歧时，以该第三种文本为准。

某些属于具体业务事项的协定，以及同国际组织缔结的条约、协定，经缔约双方同意

或者依照有关国际组织章程的规定，也可以只使用国际上较通用的一种文字。

第十七条 中华人民共和国缔结的条约和协定由外交部按照联合国宪章的有关规定向联合国秘书处登记。

中华人民共和国缔结的条约和协定需要向其他国际组织登记的，由外交部或者国务院有关部门按照各该国际组织章程的规定办理。

## 考点解析

### （一）条约的缔结程序和方式

#### 1. 约文的议定

议定约文是缔结条约的第一个步骤，是指参加缔结条约的各方通过谈判，起草条约约文，并就其内容达成一致的过程。

#### 2. 约文的认证

约文议定后须要予以认证。约文的认证是指谈判各方确认共同同意该约文是正确的和准的，应作为当事方之间拟缔结的条约约文。

认证一般采用的方式有：草签、待核准的签署或暂签、签署。

注意：认证不是最终接受条约的约束。

#### 3. 表示同意受条约的拘束

表示同意受条约的拘束是缔约程序中最关键的环节，任何缔约主体只有作出同意受某一条约拘束的表示才能成为缔约的当事方。

实践中采用的表示同意受条约的拘束的主要方式有签署、批准、加入和接受等。

### （二）条约的保留

#### 1. 保留的概念与范围

条约的保留是指一国在签署、批准、接受、赞同或加入条约时所做的单方面的声明，无论措词或名称如何，目的在于排除或更改条约中某些规定对本国适用时的法律效力。

注意：条约的保留经常在多边条约中发生，双边条约一般不发生保留问题，因为如果一方不同意某项条文，就达不成协议，制定不了条约。

保留的范围：原则上，各国在参加国际条约时可以提出保留，但保留也要受到一定的限制，根据《条约法公约》的规定，下列情况下不得提出保留：

- （1）条约规定禁止保留，则不允许保留。
- （2）条约准许特定的保留，而有关保留不在条约准许的保留范围内。
- （3）保留与条约的目的和宗旨不符。

#### 2. 保留的接受

保留是一国单方面作出的，对于保留，其他的缔约国可以作出同意或反对。对于一项保留是否需要其他缔约国予以接受这个问题，《条约法公约》作了如下规定：

- （1）条约明文准许保留的，一般不需要其他缔约国事后予以接受
- （2）如果从谈判国有限数目以及条约的目的和宗旨，可见条约在全体当事国的全部适用是每一当事国同意受该条约拘束的必要条件时，保留一般须经该条约全体当事国接受
- （3）条约若是一个国际组织的组织约章，保留一般须经该组织的有权机关接受
- （4）不属于上述情况的，由缔约国决定是否接受一项保留。



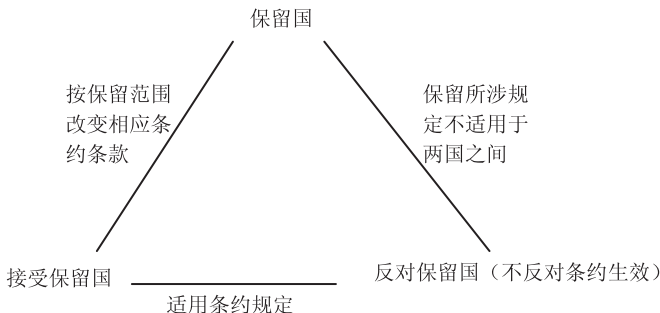
### 3. 保留的法律效果

一项依法成立的保留可在保留方与接受或反对该项保留的其他缔约方之间产生不同的法律效果（详见下图）。

（1）保留国和接受保留的国家之间，按保留的范围，改变该保留所涉及的一些条约规定。

（2）在保留国与反对保留国之间，若反对保留国并不反对该条约在保留国与反对保留国之间生效，则保留所涉及的规定，在保留的范围内，不适用于该两国之间。

（3）在未提出保留的国家之间，不改变条约的规定，无论是否接受另一缔约国的保留，均按照原来条约的规定。也就是保留国提出的保留不影响没有提出保留国家之间遵守条约规定。



### （三）条约的登记

登记制度的目的在于消除秘密条约。

条约的登记制度包括：

1. 联合国任何会员国所缔结的一切条约及国际协定应尽速在秘书处登记，并由秘书处公布。

2. 在联合国秘书处登记的条约必须是已生效的条约，条约和国际协定尚未在缔约国之间生效之前，不得进行登记。

3. 此类登记可由任一缔约国或联合国依职权进行。一缔约国已进行登记，则免除其他缔约国的登记义务。条约或国际协定由联合国依职权进行登记后，免除其他所有缔约国的登记义务。

4. 条约登记后应发给由秘书长或其代表签署的登记证明。未经登记的对于条约或国际协定，不得向联合国任何机关援引。

### 真题演练

1. （2003 - 1 - 20）<sup>①</sup> 某为 A 国国家总统，乙某为 B 国国家副总统，丙某为 C 国政府总理，丁某为 D 国外交部长。根据条约法公约规定，上述四人在参加国际条约谈判时，哪一个需要出示其所代表国家颁发的全权证书？

A. 甲某                      B. 乙某                      C. 丙某                      D. 丁某

2. （2005 - 1 - 30）<sup>②</sup> 甲国倡议并一直参与某多边国际公约的制订，甲国总统与其他

① B。

② D。





各国代表一道签署了该公约的最后文本。根据该公约的规定，只有在 2/3 以上签字国经其国内程序予以批准并向公约保存国交存批准书后，该公约才生效。但甲国议会经过辩论，拒绝批准该公约。根据国际法的有关规则，下列哪一项判断是正确的？

- A. 甲国议会的做法违反国际法
- B. 甲国政府如果不能交存批准书，将会导致其国际法上的国家责任
- C. 甲国签署了该公约，所以该公约在国际法上已经对甲国产生了条约的拘束力
- D. 由于甲国拒绝批准该公约，即使该公约本身在国际法上生效，其对甲国也不产生条约的拘束力

3. (四川 2008 - 1 - 30)① 2008 年 6 月，我国完成缔结某项条约的谈判工作，该条约中的某些条款与我国国内法律的规定有较大冲突，该条约目前尚未生效。根据《维也纳条约法公约》和我国《缔结条约程序法》，下列哪一选项是正确的？

- A. 我国在缔结该条约时，有义务对那些与我国法律相冲突的条款作出保留
- B. 我国在缔结该条约时，有义务先行修改与该条约相冲突的我国法律
- C. 上述条约须经我国全国人民代表大会常务委员会批准
- D. 由于该条约尚未生效，我国不得缔结该条约

4. (2009 - 1 - 29)② 甲、乙、丙国同为开放性多边条约缔约国，现丁国要求加入该条约。四国均为《维也纳条约法公约》缔约国。丁国对该条约中的一些条款提出保留，下列哪一判断是正确的？

- A. 对于丁国提出的保留，甲、乙、丙国必须接受
- B. 丁国只能在该条约尚未生效时提出保留
- C. 该条约对丁国生效后，丁国仍然可以提出保留
- D. 丁国的加入可以在该条约生效之前或生效之后进行

### 考点三 条约的效力

#### 考点解析

##### (一) 条约的生效

条约的生效指一个条约在法律上成立，对各当事方产生法律拘束力。通常条约生效的日期和方式有：

- (1) 条约经签署后生效
- (2) 经批准通知或交换批准书后生效
- (3) 交存批准书或加入书后生效
- (4) 条约规定于一定的日期生效

##### (二) 条约的适用

###### 1. 条约必须遵守原则

条约必须遵守原则是指，对于在主权平等、充分表达自己意愿基础上的各项有效条

① C。

② D。



约，各当事方必须按照条约的规定，善意地解释条约，忠实地履行条约义务。任何当事方都不得以任何借口违反条约的规定，不得从事违反条约目的和宗旨的任何活动，除情势发生变化等特殊情况下，不得废弃条约规定的义务。

## 2. 条约的适用范围

(1) 时间范围：条约一般都自生效之日起开始适用，原则上，条约没有追溯力。

(2) 空间范围：如果当事国没有相反的意思，则一般认为条约适用于各该当事国的全部领土。

## 3. 条约的冲突

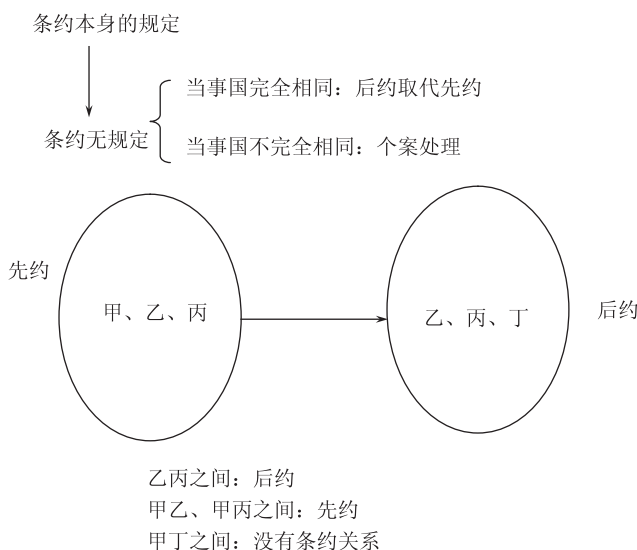
解决条约的冲突一般采取以下几种方法：

(1) 先后就同一事项签订的两个条约的当事国完全相同时，不论是双边还是多边条约，一般适用后约取代先约的原则，即适用后约，先约失效。条约的先后以签订之日而非生效之日为准。

(2) 先后就同一事项签订的两个条约的当事国部分相同，部分不同时，在同为两条约当事国之间适用后法优于先法的原则，在同为两条约当事国与仅为其中一条约当事国之间，适用两国均为当事国的条约。

(3) 适用条约本身关于解决条约冲突的规定。

条约冲突的解决如下图所示。



## (三) 条约对第三国的效力

一般来说，条约是缔约国之间的行为，对缔约国产生效力，而不对第三国产生有利或不利的影 响，即“条约对第三国既无损也无益”。根据条约法公约的规定，条约未经第三国同意对第三国既不创设权利，也不创设义务。

(1) 如果一个条约有意为第三国创设一项义务，必须经第三国以书面形式明示接受，才能对第三国产生义务。

(2) 当一个条约有意为第三国创设一项权利时，原则上仍应得到第三国的同意，但是，如果第三国没有相反 的表示，应推断其同意接受这项权利，不必须以书面形式明示接受。



(3) 条约使第三国担负义务时, 该项义务一般必须经条约各当事国与该第三国的同意方得取消或变更。条约使第三国享有权利时, 如果经确定原意为非经该第三国同意不得取消或变更该项权利, 当事国不得随意取消或变更。

### 真题演练

1. (2004-1-33)<sup>①</sup> 甲乙丙三国订有贸易条约。后甲乙两国又达成了新的贸易条约, 其中许多规定与三国前述条约有冲突。新约中规定, 旧约被新约取代。甲乙两国均为《维也纳条约法公约》的缔约国。根据条约法, 下列判断哪一项是错误的?

- A. 旧约尚未失效
- B. 新约不能完全取代旧约
- C. 新约须经丙国承认方能生效
- D. 丙国与甲乙两国间适用旧约

2. (2006-1-33)<sup>②</sup> 嘉易河是穿越甲、乙、丙三国的一条跨国河流。1982 年甲、乙两国订立条约, 对嘉易河的航行事项作出了规定。其中特别规定给予非该河流沿岸国的丁国船舶在嘉易河中航行的权利, 且规定该项权利非经丁国同意不得取消。事后, 丙国向甲、乙、丁三国发出照会, 表示接受该条约中给予丁国在嘉易河上航行权的规定。甲、乙、丙、丁四国都是《维也纳条约法公约》的缔约国。对此, 下列哪项判断是正确的?

- A. 甲、乙两国可以随时通过修改条约的方式取消给予丁国的上述权利
- B. 丙国可以随时以照会的方式, 取消其承担的上述义务
- C. 丁国不得拒绝接受上述权利
- D. 丁国如果没有相反表示, 可以被推定为接受了上述权利

## 考点四 条约的解释和修订

### 考点解析

#### 1. 条约的解释

(1) 条约解释的一般规则: 条约应就其用语按照上下文并参照其目的和宗旨所具有的通常意义, 善意的予以解释。

(2) 条约解释的辅助规则: 如果以上规则解释条约, 意义仍不明确或难以解释, 或所得结果显属荒谬或不合理时, 可以使用解释的补充资料, 如谈判记录、讨论纪要等。

#### 2. 条约的修订

条约的修订包括两种: 条约全部当事方对条约的修正和条约部分当事方对条约的修改。

(1) 修正。修正多边条约的提议必须通知一切缔约国。缔约国是指无论条约是否对其生效, 已同意受该条约拘束的国家。

(2) 修改。条约的修改是在部分当事国之间进行的, 只有在条约本身允许修改的情况下才能修改条约。

注意: 条约的修订主要涉及多边条约, 因为双边条约的修订实际上与重新谈判、签订一个新的条约一样。

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> D。



考点解析

1. 条约终止和暂停施行的原因

- (1) 根据条约本身规定。包括条约有效期届满和条约解除条件成立两种情况。
- (2) 条约当事方共同的意见。
- (3) 单方解约和退约。
- (4) 条约履行完毕。
- (5) 条约因被代替而终止。
- (6) 条约履行不可能。
- (7) 条约当事方丧失国际人格。
- (8) 断绝外交关系或领事关系。
- (9) 战争。
- (10) 一方违约。
- (11) 情势变迁。

情势变迁是指条约缔结后, 出现了在缔结条约时不能预见的根本性变化的情况, 则缔约国可以终止或退出该条约。“情势变迁”是“条约必守”的一个特殊例外。条约法公约对情势变迁原则的适用规定了严格的条件限制:

- (1) 缔约时的情势必须发生了不可预见的根本性变化;
- (2) 缔约时的情势构成当事国同意受条约拘束的必要根据;
- (3) 情势变迁的效果将根本改变条约尚待履行的义务范围;
- (4) 确定边界的条约不适用情势变迁原则;

(5) 如果情势的改变是由于一个缔约国违反条约义务或其他国际义务造成的, 这个国家就不能援引情势变迁终止或废除有关条约。

2. 条约终止和暂停施行的程序及后果

(1) 条约终止和暂停施行的程序: 条约当事方之一在终止、退出或暂停施行条约时, 必须将其主张以书面通知该条约的其他当事方, 如果其他当事方在接到通知满3个月后未提出反对, 作出通知的当事国就可以实行其所要采取的措施。如果其他当事国提出反对, 则该条约各当事国应通过和平解决争端的方法予以解决。

(2) 条约终止和暂停施行的后果: 除条约另有规定或当事方另有协议外, 条约自终止之日解除当事方继续履行条约的义务, 但原则上不影响当事方在条约终止之前实施条约而产生的权利、义务或情势。在暂停施行期间, 各当事国应避免足以阻挠条约恢复施行的行为。

真题演练

1. (2008-1-98)<sup>①</sup> 菲德罗河是一条依次流经甲乙丙丁四国的多国河流。1966年, 甲乙丙丁四国就该河流的航行事项缔结条约, 规定缔约国船舶可以在四国境内的该河流中

<sup>①</sup> BC。



通航。2005 年底，甲国新当选的政府宣布：因乙国政府未能按照条约的规定按时维修其境内航道标志，所以甲国不再受上述条约的拘束，任何外国船舶进入甲国境内的菲德罗河段，均须得到甲国政府的专门批准。自 2006 年起，甲国开始拦截和驱逐未经其批准而驶入甲国河段的乙丙丁国船舶，并发生多起扣船事件。对此，根据国际法的有关规则，下列表述正确的是：

- A. 由于乙国未能履行条约义务，因此，甲国有权终止该条约
- B. 若乙丙丁三国一致同意，可以终止该三国与甲国间的该条约关系
- C. 若乙丙丁三国一致同意，可以终止该条约
- D. 甲乙两国应分别就其上述未履行义务的行为，承担同等的国家责任

2. (四川 2008 - 1 - 98)① 甲、乙、丙三国为邻国，于 2005 年 5 月缔结筑路条约，规定甲国提供资金 500 万美元，乙国提供人员、技术并施工，在丙国境内分两期修建连接丙国与甲、乙两国的公路。条约规定，该公路归丙国所有，甲、乙、丙三国共同使用并分享 50 年收益。2006 年 7 月一期工程完成。同年 9 月，因百年不遇的洪水和泥石流，竣工地段的地貌完全改变，二期工程已无法按约定继续进行。对这种情况，筑路条约中没有相关约定。甲、乙、丙三国均为《维也纳条约法公约》的缔约国。根据国际法的有关规则，下列表述错误的是：

- A. 上述情况表明该筑路条约存在缔约错误，因而该条约自始无效
- B. 甲、乙、丙三国仍然有继续履行条约的义务
- C. 丙国须对甲、乙两国此前投入的资金予以补偿
- D. 若该条约终止执行，已经竣工公路的所有权将处于不确定状态

① ABCD。本题所述情况属于情势变迁，并非缔约错误，所以 A 错误。在情势变迁的情况下，缔约方可以终止或退出条约，所以 B 错误。条约终止不影响终止前条约所产生的权利义务，所以 CD 错误。



## 第七讲 国际争端的和平解决

### 【本讲概要】

了解：国际争端的特点以及和平解决国际争端原则。

理解：国际法中和平解决争端各项方法的性质和特点。

熟悉：国际法院的管辖权的特点和规则、司法程序，以及仲裁作为解决国际争端的特点和规则。

### 考点一 国际争端与解决方法

#### 考点解析

解决国际争端的传统方式有强制方法和非强制方法两种。

##### 1. 强制方法

(1) 战争与非战争的武装行为。武力只能在符合《联合国宪章》的条件下才能运用，战争不是解决争端的合法方法。

(2) 平时封锁。平时封锁是指和平时一国海军对另一国的海岸进行封锁，禁止有关船只的出入。现代国际法不承认平时封锁。

(3) 干涉。干涉是指第三方介入其他国家间的争端，并强迫按照干涉国的方式解决争端。干涉可以由一个国家单独进行，也可以由几个国家集体进行。干涉违反了国家主权平等和不干涉原则，是现代国际法所不允许的。

(4) 反报。反报是指一国对于他国的不礼貌、不友好但不违法的行为，采取相同或相似的不礼貌、不友好但不违法的行为予以回报。

(5) 报复。报复是一国对于他国的国际不法行为，采取与之相应的措施作为回应，以迫使对方停止其不当行为或为其不当行为造成的损害提供赔偿。报复本身也是一种不法行为，但因为是针对他国的不法行为而采取的，因而被视为正当行为。报复在符合必要和成比例以及其他国际法规则的前提下可以使用。

注意：反报针对的对象不是国际不法行为，报复针对的对象属于国际不法行为。

##### 2. 非强制方法

非强制方法分为政治解决方法和法律解决方法。

政治方法包括谈判、协商、斡旋、调停、调查、和解等。

法律方法包括仲裁和法院解决。这类方法现代国际法中又称为和平解决方法，是现代国际法所要求的解决国际争端的方法。



(2002-1-18)<sup>①</sup> 甲国是一个香蕉生产大国，其蕉农长期将产品出口乙国。现乙国颁布法令，禁止甲国的香蕉进口。甲国在要求乙国撤销该禁令未果后，宣布对乙国出口到甲国的化工产品加征 300% 的进口关税。甲乙两国间没有涉及香蕉、化工产品贸易或一般贸易规则的双边或多边条约。对此，下列判断哪个是正确的？

- A. 乙国的上述做法违背其承担的国际法上的义务
- B. 甲国的上述关税措施违背其承担的国际法上的义务
- C. 甲国采取的措施属于国际法上的反报措施
- D. 甲国采取的措施属于国际法上的报复措施

## 考点二 国际争端的政治解决方法

### 考点解析

#### 1. 谈判与协商

谈判与协商是两个或两个以上国家为使争议问题得到解决或获致谅解而进行国际交涉的一种方法。谈判与协商是和平解决国际争端的最基本方式。

#### 2. 斡旋与调停

斡旋是指由第三方为争端当事国提供有利于它们接触和谈判的便利条件，提出自己的建议或转达各方的意见，从而促使当事国开始谈判或者重开谈判以解决争端。

调停是比斡旋更进一步的方法，调停是指第三方以调停人的身份为争端当事国创立有利于它们开始或者重开谈判的条件，而且要直接参加或主持谈判，提出解决争端的实质性建议，努力促进它们达成解决争端的协议。

注意：第三方是否参加谈判是斡旋与调停的主要区别。

#### 3. 调查与和解

调查是根据争端当事国的协议组成国际调查委员会，协助当事国解决主要由于对事实的认识分歧而导致的争端。

和解又称调解，是比调查更进一步的争端解决方法。和解是指在争端发生后，争端当事国通过协议或其他商定的方式，将争端提交一个委员会，该委员会再对争端进行调查和评价，包括与当事国间的不断讨论后，提出包括事实澄清、解决建议在内的报告，并在此基础上促成争端当事国达成进一步的协议，最后解决其争端。和解委员会的报告和建议也没有法律拘束力，争端当事方没有必须接受的义务。

### 真题演练

(2005-1-33)<sup>②</sup> 甲、乙两国因历史遗留的宗教和民族问题，积怨甚深。2004 年甲国

① C。

② C。一国没有义务对国际争端进行调停，故 A 项错。争端当事国没有参加的义务，故 B 项错。调停结果没有法律拘束力，争端当事方不是必须接受，故 D 项错。题中，甲乙丙三国之间没有任何关于解决争端方法方面的专门条约，如果丙国进行调解的结果，一般不负有监督和担保的义务。所以，正确答案为 C。



新任领导人试图缓和两国关系，请求丙国予以调停。甲乙丙三国之间没有任何关于解决争端方法方面的专门条约。根据国际法的有关规则和实践，下列哪一项判断是正确的？

- A. 丙国在这种情况下，有义务充当调停者
- B. 如果丙国进行调停，则乙国有义务参与调停活动
- C. 如果丙国进行调停，对于调停的结果，一般不负有监督和担保的义务
- D. 如果丙国进行调停，则甲国必须接受调停结果

### 考点三 国际争端的法律解决方法

#### 考点解析

##### （一）仲裁

仲裁或称公断，是指当国家之间发生争端，根据争端当事国之间的协议，将争端交与它们选定的仲裁人作出对争端当事方具有拘束力的裁决，从而解决争端的方法。

仲裁属于自愿管辖，仲裁成立的前提是必须有当事国签订的仲裁条约或协定，或者存在能适用于当事各方的多边条约中的仲裁条款。

为了便利不能用外交方法解决的争端立即提交仲裁起见，1899年《和平解决国际争端公约》规定建立常设仲裁法院。1900年，常设仲裁法院在海牙正式成立。仲裁法院备有一份仲裁员名单和一部可采用的程序规则。

##### （二）国际法院

国际法院成立于1946年，它由15位独立的法官组成。15人中不得有两人同为同一国家的国民。法官不代表任何国家，不能担任任何政治或行政职务，也不得从事任何其他职业性活动。法官任期9年，可连选连任。

###### 1. 诉讼管辖权

国际法院的诉讼管辖权是指法院审理当事国提交的争端案件的权力。法院在行使诉讼管辖权时，涉及“对人管辖”和“对事管辖”两个方面：

（1）对人管辖。法院的诉讼当事者限于国家，3类国家可以作为国际法院的诉讼当事国：①联合国的会员国；②非联合国的会员国但为《国际法院规约》的当事国；③既非联合国的会员国也非《国际法院规约》的当事国，但根据安理会决定的条件，预先向国际法院书记处交存一份声明，表示愿意接受国际法院管辖、保证执行法院判决及履行相关其他义务的国家。

注意：国际组织、法人或个人都不能成为国际法院的诉讼当事国。

（2）对事管辖。国际法院管辖案件的范围有三个方面：①自愿管辖。对于任何争端，当事国都可以在争端发生后，达成协议，将争端提交国际法院。当事国双方的同意构成国际法院进行管辖的依据。②协定管辖。即《联合国宪章》或其他现行条约及协定中所特定的一切事件。③任择强制管辖。《国际法院规约》的当事国，可以通过发表声明，就具有下列性质之一的争端，对于接受同样义务的任何其他当事国，接受法院的管辖为当然具有强制性，而不需要再有特别的协定。这些争端是：对于条约的解释、违反国际义务的任何事实、违反国际义务而产生的赔偿的性质和范围等。





## 2. 咨询管辖权

国际法院还有提供法律咨询的重要职能，称为法院的咨询管辖权，也就是指法院对法律问题发表咨询意见的权力。联合国大会、安全理事会和经大会授权的联合国其他机关或专门机构有权就有关法律问题请法院发表咨询意见。法院发表的咨询意见没有拘束力，但往往被作为对法律的权威解释而受到重视。

注意：其他任何国家、团体、个人包括联合国秘书长，都无权请求法院提供咨询意见。

### 真题演练

1. (2004-1-34)<sup>①</sup> 甲乙两国协议将其海洋划界争端提交联合国国际法院。国际法院就此案作出判决后，甲国拒不履行依该判决所承担的义务。根据《国际法院规约》，下列做法哪一个是正确的？

- A. 乙国可以申请国际法院指令甲国的国内法院强制执行该判决
- B. 乙国可以申请由国际法院执行庭对该判决强制执行
- C. 乙国可以向联合国安理会提出申诉，请求由安理会作出建议或采取行动，执行该判决
- D. 乙国可以向联合国大会法律委员会提出申诉，由法律委员会决定采取行动，执行该判决

2. (2008-1-29)<sup>②</sup> 甲国是联合国的会员国。2006年，联合国驻甲国的某机构以联合国的名义，与甲国政府签订协议，购买了一批办公用品。由于甲国交付延期，双方产生纠纷。根据《联合国宪章》和有关国际法规则，下列哪一选项是正确的？

- A. 作为政治性国际组织，联合国组织的上述购买行为自始无效
- B. 上述以联合国名义进行的行为，应视为联合国所有会员国的共同行为
- C. 联合国大会有权就该项纠纷向国际法院提起针对甲国的诉讼，不论甲国是否同意
- D. 联合国大会有权就该项纠纷请求国际法院发表咨询意见，不论甲国是否同意

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> D。

## 第八讲 战争与武装冲突法

### 【本讲概要】

了解：战争与武装冲突法体系，对战争犯罪惩处的国际实践的发展。

理解：战争法律状态的开始、结束与后果，国际人道法的基本原则。

熟悉：国际法对作战手段的限制规则，对战时平民及战争受难者的保护的有关规则。

### 考点一 战争与战争法

#### 考点解析

##### 1. 战争的概念

国际法上的战争主要是指两个或两个以上国家武装部队的冲突，以及由此而产生的法律状态。

##### 2. 战争与武装冲突

战争法是调整交战国之间，交战国与中立国和其他非交战国之间的关系以及规范战争中交战方行为的规则和制度的总体。战争法是国际法的一个独特而重要的部分。

### 考点二 战争状态与战时中立

#### 考点解析

##### （一）战争的开始

战争开始意味着交战国之间的关系从和平状态进入战争的敌对状态。它可以宣战为标志，也可以实际武力达到战争状态为断定的标准。

战争开始对交战国和中立国都产生法律后果，主要表现在：

1. 外交和领事关系的断绝。但接受国有一般的义务尊重馆舍财产和档案安全。
2. 条约关系亦受到影响。

（1）仅以交战国为当事国的条约效力：①凡以维持共同政治行为或友好关系为前提的条约，如同盟条约、互助条约或和平友好条约立即废止。②一般的政治和经济类条约，如引渡条约，商务条约等，除条约另有规定外，也暂时停止效力。③关于规定缔约国间固定或永久状态的条约，如边界条约，割让条约等一般应继续维持。

（2）交战国与非交战国为当事国的多边条约效力：①条约本身明文规定，该条约在战时中止其效力，如《芝加哥国际民用航空器公约》；②普遍性的多边条约或有关卫生、医



药的条约不因战争开始而终止，但其中与交战行为相冲突的条款，可中止执行，待到战争结束后再恢复执行。

(3) 关于涉及战争规范的条约效力，在战争开始后不仅有效，而且当事国应严格遵守。

3. 经贸往来的禁止，即敌国之间以及人民之间的通商关系断绝。

4. 对敌产和敌国公民的影响。

对敌产的影响。①交战国可没收位于其境内的敌国的国家财产（使馆财产、档案除外）。②对占领区内属军事性的敌国动产可以征用；对不动产可以使用，但不得拥有、变卖或作其他改变物权所有者的处置；③具有军事性的不动产，如桥梁、要塞等可于必要时予以破坏；④交战国对于其境内的敌国公民的私产可予以限制，如禁止转移、冻结或征用，但不得没收；⑤对占领区内的敌国公民之私产不应以任何方式干涉或没收，但对可供军事需要的财产可征用。另外，交战国对在海上遇到敌国公、私船舶及货物，可予以拿捕没收，但对从事探险、科学、宗教或慈善以及执行医院任务的船舶除外；对中立国商船上的敌国财产，除可用于战争目的之外，一般不应拿捕没收；对敌国的公、私航空器及其所载货物均可拿捕没收。

（原则：对于敌国的国家财产，除使领馆外，可以没收；军事性的财产，可以破坏；私人财产，原则上不得侵犯，但可加以限制）

对敌国公民的影响，交战国可对居留其境内的敌国人民采取必要的限制措施，如进行敌侨登记，强制集中居住等。

## （二）战争的结束

1. 敌对行动的停止。战争状态结束前通常先停止敌对的军事行动。停止军事行动的方式通常有以下三种方式：①停战；②无条件投降；③停火与休战。

2. 战争状态的结束。交战国间战争状态的结束是对有关结束战争和停止战争行动的一切政治、经济、领土和其他问题作出最终的解决，结束战争的法律状态，恢复和平关系。战争的结束通常有以下方式：①缔结和平条约；②单方宣布结束战争；③联合声明。

## （三）战时中立

战时中立，是指在战争期间，非交战国选择不参与战争、保持对交战双方不偏不倚的法律地位。

中立国的权利义务主要包括以下一些内容：

1. 中立国的权利：①中立国的领土主权应得到交战国的尊重。交战国不得在中立国领土或其管辖区域从事战争行为，不得将中立国领土作为其作战基地、通讯设施基地，或在中立国领土或领水内将商船改装为军舰。②中立国人员的权益应得到保护。交战国应采取保护措施，防止其境内或其管辖区域内的中立国使节及国民遭受虐待；防止其境内或其管辖区内的中立国人民的合法权益受到侵犯。③中立国与交战国关系中的某些特殊权利。中立国有权与交战国的任一方保持正常的外交和商务关系。

2. 中立国的义务。①不作为义务，是指中立国不得直接或间接的向任何交战国提供军事支持或帮助。包括不得提供军队、武器给养、贷款或向交战国军队提供庇护场所等。②防止的义务，是指中立国有义务采取一切可能的措施，防止交战国在其领土或其管辖范围内的区域从事战争，或利用其资源准备从事战争敌对行动以及战争相关的行动，包

括在该区域中征兵、备战、建立军事设施或捕获法庭、军队及军用设备过境等。③容忍的义务，指中立国须容忍交战国根据战争法对其国家和人民采取的有关措施，包括对其有关船舶的临检、对其从事非中立义务的船舶的拿捕审判、处罚或非常征用。

### 真题演练

1. (2000-1-24)① 结束国家间战争状态须经过必要的法律程序和方式。下列哪种方式不意味着战争状态在法律上正式结束？

- A. 无条件投降
- B. 单方面宣布结束战争，一般由战胜国宣布
- C. 交战双方共同宣布战争结束
- D. 缔结和平条约

2. (2008-1-79)② 甲乙两国由于边界纠纷引发武装冲突，进而彼此宣布对方为敌国。目前乙国军队已突入甲国境内，占领了甲国边境的桑诺地区。根据与武装冲突相关的国际法规则，下列哪些选项符合国际法？

- A. 甲国对位于其境内的乙国国家财产，包括属于乙国驻甲国使馆的财产，不可予以没收
- B. 甲国对位于其境内的乙国国民的私有财产，予以没收
- C. 乙国对桑诺地区的甲国公民的私有财产，予以没收
- D. 乙国强令位于其境内的甲国公民在规定时间内进行敌侨登记

3. (四川 2008-1-78)③ 甲、乙两国 2006 年发生边境武装冲突，随即先后宣布与对方进入战争状态。此前，甲、乙两国先后缔结了《和平友好条约》(1960 年)、《边界条约》(1966 年)、《建立外交关系的协定》(1980 年)、《引渡协定》(1982 年)等一系列条约。在此状态下，如果这些条约中不存在相关的特别约定，根据国际法的有关规则，下列哪些选项是正确的？

- A. 两国间的《和平友好条约》自动废止
- B. 两国间的《边界条约》暂停执行
- C. 两国间《建立外交关系的协定》自动废止
- D. 两国间的《引渡协定》暂停执行

## 考点三 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护

### 考点解析

#### (一) 限制作战手段和方法的基本原则

1. “条约无规定”不解除当事国义务。战争与武装冲突法的很多原则规则已经成为了国际习惯，国家不管有否参加相关条约都要遵守。

- ① A。
- ② AD。
- ③ AD。







2. “军事必要”不解除当事国义务。交战各方必须遵守战争法规所加诸它的义务，不得以“军事必要”来对抗和破坏战争法规定的义务，不得以“军事必要”来对抗和破坏战争法规定的义务。

3. 区分对象原则。在战时，必须对不同性质的目标和人员进行区分，并在战争或武装冲突中分别给予不同的对待。

## （二）对作战手段和方法的限制

战争中敌国间为了制服对方会使用各种作战的手段和方法，但任何作战手段和方法的使用都不得违反战争法规定的原则和规则之限定。

1. 禁止使用的武器。在作战中禁止使用极度残酷的武器、有毒、化学和细菌武器（核武器没有被禁止）。

2. 禁止不分皂白的战争手段和作战方法，不得把平民和民用物体作为攻击的目标。

3. 禁止使用改变环境的作战手段和作战方法。

4. 禁止使用背信弃义的手段和方法。

5. 海战和空战中的某些特别规则。战争状态下，敌国商船一般可以成为拿捕对象，但下列情况除外：

（1）在敌对行为开始时停泊于敌国港口的交战国的商船，应准其立即或者合理的期限自由离去，并随带通行证直接开往其目的地港或指定的其他港口。

（2）对在海上相遇的于战争开始前就已离开最后出发港并对战争毫无所知的敌国商船不得没收，只能在战后予以归还的条件下才能无偿扣留，或在给予补偿的前提下征用或击毁。在征用或击毁的情况下必须对船上人员的安全和船舶文件的保护作出适当安排。

（3）对于船上的敌货一般可连同商船一起或单独地予以扣留并在战后无偿归还，或予以有偿征用。

## （三）对战时平民和战争受难者的保护

### 1. 战时平民的保护

对在战争或武装冲突发生时，位于交战国境内的敌国平民应允许其离境，对继续居留者应给予以下人道主义的待遇：

（1）平民不得成为攻击的对象，禁止在平民中散布以恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁；

（2）禁止对平民的攻击实施报复；

（3）保障平民的合法权益，不得把他们安置在某一地点或地区，以使该地点或地区免受军事攻击；

（4）不得在身体上和精神上对平民施加压力，强迫提供情报；

（5）禁止对平民施以体刑和酷刑，特别禁止非为医疗的医学和科学实验；

（6）禁止实行集体刑罚和扣为人质；

（7）应给予平民以维持生活的机会，但不得强迫他们从事与军事行动直接相关的工作；

（8）只有在安全的绝对必要的情况下，才可把有关敌国平民拘禁或安置于指定居所；

（9）对妇女和儿童的特殊保护。

对军事占领区的平民，占领当局只能在国际法许可的范围内行使军事管辖权，并对平

民应给予以下人道主义的待遇：

- (1) 不得剥夺平民的生存权。
- (2) 对平民的人格、尊严、家庭、宗教信仰应给予尊重。
- (3) 不得对平民施以暴行、恐吓和侮辱，不得把平民扣为人质或进行集体惩罚，或谋杀、残害及用作实验。
- (4) 不得用武力驱逐平民。
- (5) 不得为获取情报对平民采取强制手段。
- (6) 不得强迫平民为其武装部队或辅助部队服务或加入其军队。
- (7) 不得侵犯平民正常需要的粮食和医药供应。
- (8) 不得废除被占领国的现行法律，必须维持当地原有法院和法官的地位并尊重现行法律。

## 2. 伤病员待遇

(1) 敌我伤病员在一切情况下应无区别地予以人道的待遇和照顾，不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视。对其生命的任何危害或对其人身的暴行均应严格禁止。尤其不得加以谋杀或消灭、施以酷刑或供生物学的试验；不得故意不给予医疗救助及照顾；也不得造成使其冒传染病危险的情况。

(2) 冲突各方的伤者、病者如落于敌手，应为战俘。

## 3. 战俘待遇

战俘是在战争中落入敌方权力支配下的合法交战者。战俘受敌国政府的管辖，他们应服从拘留国武装部队的现行法律规章。同时，拘留国应给予他们人道待遇和保护。交战国对落入其权力之下的敌国交战者中的伤病者除给予战俘待遇外，还应给予更多的救助，如给予医疗、不得危害他们的生命或加以惩罚施刑或供做实验。

(1) 交战方应将战俘居留所设在比较安全的地带。

(2) 不得将战俘扣为人质，禁止对战俘施以暴行或恫吓及公众好奇的烦扰。

(3) 战俘应保有被俘时所享有的民事权利。战俘的个人财物除武器、马匹、军事装备和军事文件以外的自用物品一律归其个人所有；战俘的金钱和贵重物品可由拘留国保存，但不得没收。

(4) 对战俘的衣、食、住要能维持其健康水平，不得以生活上的苛求作为处罚措施；保障战俘的医疗和医药卫生。

(5) 尊重战俘的风俗习惯和宗教信仰，允许他们从事宗教、文化和体育活动。

(6) 准许战俘与其家庭通讯和收寄邮件。

(7) 战俘享有司法保障，受审时享有辩护权，还享有上诉权。拘留国对战俘的刑罚不得超过对其本国武装部队人员同样行为所规定的刑罚。禁止因个人行为而对战俘实行集体处罚、体罚和酷刑。对战俘判处死刑应特别慎重。

(8) 讯问战俘应使用其了解的语言。

(9) 不得歧视。战俘除因其军职等级、性别、健康、年龄及职业资格外，一律享有平等待遇。不得因种族、民族、宗教、国籍或政治观点不同加以歧视。

(10) 战事停止后，战俘应即予以释放并遣返，不得迟延。



1. (2004-1-90)<sup>①</sup> 甲乙两国在其交界处发现一处跨国界的油气田,两国谈判共同开发未果。当甲国在其境内对该油田独自进行开发时,乙国派军队进入甲国该地区,引发了两国间的大规模武装冲突。甲国是1949年日内瓦四个公约的缔约国,乙国不是。根据国际法的有关规则,下列判断何者为错误?

- A. 由于战场在甲国领土,甲国军队对乙国军队的作战不受战争法规则的拘束
- B. 由于甲国作战是行使自卫权,甲国军队对乙国军队的作战不受战争法规则的拘束
- C. 由于乙国不是日内瓦四公约的缔约国,甲国军队对乙国军队的作战不受该四个公约的约束
- D. 由于乙国不是日内瓦四公约的缔约国,乙国没有遵守战争法规则的法律义务

2. (2005-1-34)<sup>②</sup> 武器是战争的重要构成要素。在现代国际法上,下列武器类型中哪一种武器本身尚未被战争法规则明确地直接禁止?

- A. 核武器
- B. 生物武器
- C. 毒气化学类武器
- D. 射入人体后爆炸的达姆弹

3. (2006-1-34)<sup>③</sup> 甲国与乙国在一场武装冲突中,各自俘获了数百名对方的战俘。甲、乙两国都是1949年关于对战时平民和战争受难者保护的四个《日内瓦公约》的缔约国。根据《日内瓦公约》中的有关规则,下列哪种行为不违背国际法?

- A. 甲国拒绝战俘与其家庭通信或收发信件
- B. 甲国把乙国的战俘作为战利品在电视中展示
- C. 乙国没收了甲国战俘的所有贵重物品,上缴乙国国库
- D. 乙国对被俘的甲国军官和甲国士兵给予不同的生活待遇

4. (2007-1-77)<sup>④</sup> 国际人道法中的区分对象原则(区分军事与非军事目标,区分战斗员与平民)是一项已经确立的国际习惯法原则,也体现在《1977年日内瓦四公约第一附加议定书》中。甲乙丙三国中,甲国是该议定书的缔约国,乙国不是,丙国曾是该议定书的缔约国,后退出该议定书。根据国际法的有关原理和规则,下列哪些选项是错误的?

- A. 该原则对甲国具有法律拘束力,但对乙国没有法律拘束力
- B. 丙国退出该议定书后,该议定书对丙国不再具有法律拘束力
- C. 丙国退出该议定书后,该原则对丙国不再具有法律拘束力
- D. 该原则对于甲乙丙三国都具有法律拘束力

5. (2009-1-78)<sup>⑤</sup> 甲乙两国因边境冲突引发战争,甲国军队俘获数十名乙国战俘。依《日内瓦公约》,关于战俘待遇,下列哪些选项是正确的?

- A. 乙国战俘应保有其被俘时所享有的民事权利
- B. 战事停止后甲国可依乙国战俘的情形决定遣返或关押

① ABCD。

② A。

③ D。

④ AC。国际习惯法对所有国家都有约束力。

⑤ AC。



- C. 甲国不得将乙国战俘扣为人质  
D. 甲国为使本国某地区免受乙国军事攻击可在该地区安置乙国战俘

## 考点四 战争犯罪

### 考点解析

#### (一) 战争犯罪的概念

1. 破坏和平罪，即计划、准备、发动或从事一种侵略战争或违反国际条约、协定或保证之战争或参与上述任何罪行之共同计划或阴谋。

2. 战争罪，即违反战争法规或惯例，此种违反包括为奴役或为其他目的而虐待或放逐占领地平民、谋杀或虐待战俘或海上人员、杀害人质掠夺公私财产、毁灭城镇或乡村或非基于军事上必要之破坏，但不以此为限。

3. 违反人道罪，即战前或战时，对平民施以谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他任何非人道行为。

#### (二) 惩罚战争犯罪的主要国际司法实践

1. 纽伦堡审判和东京审判。
2. 联合国前南刑事法庭，由联合国安理会设立。
3. 联合国卢旺达国际法庭，由联合国安理会设立。
4. 国际刑事法院

(1) 管辖范围：限于灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪、侵略罪等国际罪行。

(2) 时间范围：所管辖的犯罪行为限于发生在规约生效后。

(3) 管辖的条件：可在以下条件的情况下行使管辖权：①所涉及的一方或多方是缔约国；②被告人是缔约国国民；③犯罪是在缔约国境内实施的；④乙国虽然不是规约缔约国但决定接受国际刑事法院对在其境内实施的或由其他国民实施的一项具体犯罪的管辖权。

### 真题演练

(2003-1-18)<sup>①</sup> 关于1993年6月成立的联合国前南国际法庭，下列选项中哪一种表述是正确？

- A. 它是联合国大会设立的司法性质的附属机关
- B. 它是联合国安理会设立的司法性质的附属机关
- C. 它是普遍性的国际刑事司法机构
- D. 它是联合国国际法院下属的刑事法庭

<sup>①</sup> B。



# 第二章 国际私法

## 第九讲 国际私法的主体

### 【本讲概要】

了解：自然人、法人、国家、国际组织的国际私法主体资格，外国人的民商事法律地位。

理解：自然人的国籍、住所、居所以及法人的国籍、住所、营业所在国际私法上的意义，国家及其财产豁免问题的产生与发展。

熟悉并能够运用：自然人国籍的积极冲突和消极冲突及其解决，自然人住所的积极冲突和消极冲突及其解决，法人的国籍、住所的确定，外国法人的认可规则，国家及其财产豁免制度以及关于外国人的民商事法律地位的制度。

### 考点一 自然人的国籍冲突

#### 重点法条

#### 《民法通则》

第十五条 公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。

第三十九条 法人以它的主要办事机构所在地为住所。

#### 【关联法条】

#### 《民通意见》

178. 凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的；民事关系的标的物在外国领域内的；产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。

人民法院在审理涉外民事关系的案件时，应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。

181. 无国籍的人的民事行为能力，一般适用其定居国法律，如未定居的，适用其住所地国法律。

182. 有双重或者多国籍的外国人，以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为

其本国法。

183. 当事人的住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

184. 外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法,法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行的民事活动,必须符合我国的法律规定。

185. 当事人有两个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准;当事人没有营业所的,以其住所或者经常居住地为准。

### 《公司法》

第十条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

第一百九十二条 本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。

## 考点解析

### 1. 自然人国籍积极冲突的解决

各国一般通过以下途径加以解决:

(1) 内国国籍优先。其中一个国籍为内国国籍时,以内国国籍为准。

(2) 多个国籍均为外国国籍的做法。①以当事人最后取得的国籍为准;②以当事人住所或惯常居所所在国的国籍为准;③以与当事人有最密切联系的国籍为准。

(3) 不区分内外国籍,只以与当事人有最密切联系的国籍为准。

注意:我国现行国际私法立法尚无关于解决国籍积极冲突的规定,但最高人民法院1988年制定的《民通意见》第182条对这个问题作了如下规定:有双重或者多重国籍的外国人,以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。这一规定没有涉及双重或者多重国籍者有一国籍为中国国籍的情形,这是因为中国国籍法不承认中国公民拥有外国国籍,一个定居在国外的中国公民取得外国国籍即自动丧失了中国国籍。

### 2. 自然人国籍的消极冲突的解决

在当事人无国籍或其国籍不明确的情况下,一般主张以当事人住所所在国的法律为其本国法,如果当事人无住所或者其住所不能确定时,以其居所所在国的法律为其本国法。

我国立法目前尚无这方面的规定,但《民通意见》第181条规定:无国籍人的民事行为能力,一般适用其定居国法律;如未定居的,适用其住所国法律。这就意味着在当事人无国籍的情况下,在确定其民事行为能力方面,首先以其定居国法为其属人法;无定居国的,则以其住所地国法代替之。

## 真题演练

1. (2000-1-69)<sup>①</sup> 在当事人所具有两个或两个以上的国籍均为外国国籍时,各国解决国籍积极冲突的做法有下哪些?

- A. 以当事人最先取得的国籍为准
- B. 以当事人最后取得的国籍为准
- C. 以当事人住所或惯常居所所在国国籍为准
- D. 以与当事人有最密切联系的国籍为准

<sup>①</sup> BCD。





2. (2004-1-91)<sup>①</sup> 大卫是甲国人,同时具有乙国国籍,其住处 在甲国,其惯常居 所在乙国。后因在丙国为票据行为所引起的票据纠纷在我国涉诉。为了确定大卫之票据行 为的效力,我国法院首先要确定他是否具有民事行为能力。按照我国《票据法》的规定, 票据债务人的民事行为能力适用其本国法。大卫同时具有甲国国籍和乙国国籍,我国法院 应如何确定其本国法?

- A. 以大卫有住所的甲国法律为其本国法
- B. 以票据行为地丙国的法律为其本国法
- C. 以大卫有惯常居所的乙国法律为其本国法
- D. 以与大卫有最密切联系的国家的法律为其本国法

## 考点二 自然人的住所

### 考点解析

#### 1. 自然人住所的概念

住所,即一个人以久住的意思而居住的某一处所。住所的概念具有主观和客观两方面 含义:主观上,当事人在某一地有久住的意思;客观上,当事人在某地有居住的事实。只 有这两方面结合起来,才能构成当事人的住所。

住所可以分为如下几类:①原始住所;②选择住所;③法定住所。我国《民法通则》 第15条规定:公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经 常居住地视为住所。

#### 2. 自然人住所的积极冲突的解决

自然人住所的积极冲突,是指一个人同时具有两个或两个以上的住所。对于这种冲 突,各国一般都根据不同的具体情况来加以解决:

(1) 如果当事人所具有的两个或两个以上的住所中有一个是内国住所,一般以当事人在 内国的住所为其住所,也即以内国法为其住所地法;

(2) 如果当事人所具有的两个或两个以上的住所均为外国人住所,而且住所是同时取 得的,一般以与当事人有最密切联系者为其住所,但也有以当事人有居住之住所为其住所 的。如果各住所不是同时取得,一般以当事人最后取得的住所为其住所。

《民通意见》第183条规定:当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密 切联系的住所为住所。

#### 3. 自然人住所的消极冲突的解决

自然人住所的消极冲突是指一个人无任何法律意义上的住所。导致这种消极冲突的原 因不外乎两个:一为各国法律规定不同,二为一方当事人废弃旧住所而未取得新住所。对 于这种冲突,各国在实践中主要采取两种解决方法:

(1) 以当事人的居所或惯常居所代替其住所,即以当事人的居所地法或惯常居所地法 代替其住所地法;

(2) 以当事人曾有过的最后住所为其住所,如无最后住所,则以其居所或惯常居所代

<sup>①</sup> AD。



替其住所。在当事人居所或惯常居所也没有的情况下，一般以当事人的现在地法作为住所地法。《民通意见》第183条规定：当事人的住所不明或者不能确定的，以其经常居住地为住所。

### 真题演练

1. (2005-1-40)<sup>①</sup> 甲具有美国国籍，在加拿大有其原始住所。现甲在英国及中国均有住所。甲家人常住英国，甲为生意常年往返于中国和英国。甲在中国住所居住期间，与他人发生民事纠纷而诉至中国法院。依中国有关法律及司法解释，法院应以何地为甲的住所？

- A. 甲的原始住所，即在加拿大的住所
- B. 甲常住地的住所，即在英国的住所
- C. 与产生该纠纷有最密切联系的住所，即在中国的住所
- D. 同时以其英国和中国的住所为住所

2. (2009-1-99)<sup>②</sup> 甲国籍人罗伯逊与家人久居乙国，其原始住所所在甲国。罗伯逊在乙国和丙国均有生意和住所，不时去丙国照看生意，并与在丙国居住的父母小住。近年来，由于罗伯逊在中国的生意越来越好，因而长期居住于在北京某饭店包租的578号房间。现涉及丙国的纠纷在中国法院审理，关于罗伯逊住所的认定，下列选项正确的是：

- A. 应以长期居住地北京某饭店578号房间为其住所
- B. 应以乙国的住所为其住所
- C. 因涉及丙国的纠纷，应以丙国的住所为其住所
- D. 应以甲国的原始住所为其住所

## 考点三 法人

### 考点解析

#### 1. 法人的国籍

对于如何确定一个法人的国籍，国际上主要的主张有以下几种：

- (1) 成员国籍主义，或称资本控制主义。
- (2) 设立地主义，或称成立地主义或登记地主义。
- (3) 住所地主义。
- (4) 准据法主义。
- (5) 法人设立地和法人住所地并用主义。

中国在一些单行法规和司法解释中已对法人国籍的确定作过若干规定。根据这些规定，中国主张依据法人的设立登记地来确定法人的国籍。

#### 2. 法人的住所

对于法人住所的确定，各国存在不同的规定，主要有以下几种主张：

<sup>①</sup> C。  
<sup>②</sup> C。



- (1) 主事务所所在地说, 或称管理中心所在地说。
- (2) 营业中心所在地说。
- (3) 章程指定住所说。
- (4) 主要办事机构所在地说。中国的立法采用这一主张。

### 3. 法人的营业所

法人的营业所, 即法人从事经营活动的场所。在实际生活中, 一个法人可能有两个或两个以上的营业所, 从而导致营业所的积极冲突, 它也可能没有营业所, 从而导致营业所的消极冲突。对于营业所的积极冲突和消极冲突, 《民通意见》第 185 条规定: 当事人有两个以上营业所的, 应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准; 当事人没有营业所的, 以其住所或者经常居住地为准。

### 真题演练

1. (2000-1-26)<sup>①</sup> 依照我国有关司法解释, 法人的民事行为能力依其本国法确定。某一外国法人到中国从事商业活动, 应以哪一国的法律为其本国法?

- |              |              |
|--------------|--------------|
| A. 主要营业地国的法律 | B. 主要管理地国的法律 |
| C. 注册登记地国的法律 | D. 资本控制国的法律  |

2. (2006-1-35)<sup>②</sup> 甲公司在德国注册成立, 在中国进行商业活动时与中国的乙公司发生商务纠纷并诉诸中国法院。法院经审理查明: 甲公司的控股股东为英国人, 甲公司在德国、英国和中国均有营业所。依照我国有关法律及司法解释, 法院应如何选择确定本案甲公司营业所?

- |               |                   |
|---------------|-------------------|
| A. 以其德国营业所为准  | B. 以其英国营业所为准      |
| C. 以其中中国营业所为准 | D. 以当事人共同选择的营业所为准 |

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> C。



## 第十讲 冲突规范和准据法

### 【本讲概要】

了解：法律冲突的概念和类型，冲突规范的概念、结构和类型，准据法的概念。

理解：国际民商事法律冲突的产生和特点，冲突规范的特性，准据法的特点。

熟悉并能够运用：国际民商事法律冲突的解决方法，准据法的选择方法以及准据法的确定。

### 考点一 冲突规范

#### 考点解析

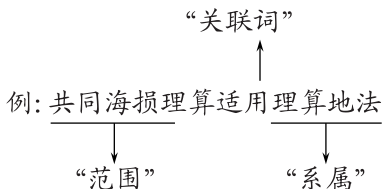
##### （一）冲突规范的概念和结构

国际民商事法律冲突的解决方法有冲突法解决方法和实体法解决方法，其中重点是冲突法解决方法。冲突规范既不是实体规范，也不是程序规范，而是一种法律适用规范，是一种间接规范。

冲突规范由范围、系属以及连接词构成，是一种结构独特的法律规范。

1. 范围是冲突规范所调整的民商事法律关系或要解决的法律问题。
2. 系属是冲突规范所调整的民商事法律关系或要解决的法律问题所应适用的法律。
3. 连接点是将范围与系属连接在一起的标志。

比如“共同海损理算适用理算地法律”这一冲突规范，“共同海损理算”是范围，“理算地法律”是系属，“理算地”是连接点。



##### （二）连接点的分类

###### 1. 客观的连接点和主观的连接点

（1）客观的连接点是一种客观实在的标志，主要有住所、国籍、惯常居所、物之所在地、行为地、履行地、法院地等。

（2）主观的连接点主要用于确定合同关系的法律适用，即当事人的意思。

###### 2. 静态的连接点和动态的连接点

（1）静态的连接点就是固定不变的连接点，主要是指不动产所在地以及涉及过去的行

为或事件的连接点，如婚姻举行地、合同缔结地、法人登记地、侵权发生地。

(2) 动态的连接点是可变的连接点，主要有国籍、住所、居所、动产所在地等。

### (三) 系属公式

常用的系属公式主要有：

1. 属人法。以当事人的国籍、住所或惯常居所作为连接点的系属，一般用来解决人的身份、能力、亲属、继承关系等方面的法律冲突。

2. 物之所在地法。通常用来解决有关物权、尤其是不动产物权的法律冲突问题。

3. 行为地法。以当事人的行为地为连接点的系属，其又派生出下列一些系属公式：合同缔结地法、合同履行地法、婚姻举行地法、侵权行为地法。

4. 当事人合意选择的法律。又称“当事人意思自治”，主要用来解决合同的法律适用问题。

5. 法院地法。一般用于解决有关程序问题的法律选择，有时也用来解决实体问题，如我国关于离婚的法律适用。

6. 最密切联系地法。可以适用于不同性质的国际民商事法律关系，尤其在合同中适用得很普遍。

注意：对最密切联系地法这一系属公式需要结合后面的内容作总结。

7. 旗国法。即运输工具所使用的旗帜或旗帜标识所属国的法律，常用来解决船舶、航空器在运输过程中所产生的法律冲突问题。

### (四) 冲突规范的类型

1. 单边冲突规范，是指直接规定某涉外民商事法律关系应适用某国法律的冲突规范，既可以是明确规定适用内国法，也可以直接规定只适用外国法，典型的单边冲突规范其连接点为某一国家名称，如，在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律，其连接点是中国，在这样一个明确的连接点的指引下由于没有其他选择，因此称之为单边冲突规范。

2. 双边冲突规范是指冲突规范的系属并不直接规定适用内国法还是外国法，而只是规定一个可推定的系属，再根据这个系属并结合民商事法律关系的具体情况去推定应适用某法律的冲突规范，如“不动产所有权，适用不动产所在地法”即是一个双边冲突规范，在这个冲突规范中，系属部分“不动产所在地法”没有直接指明适用哪个国家的法律，需要结合具体案情才能确定。

3. 选择适用的冲突规范，是指其系属有两个或两个以上，规定了两种或两种以上可以适用的法律，但只选其中之一来调整国际民商事法律关系的冲突规范。根据允许选择的方式和条件的不同又分为：无条件选择适用的冲突规范，如“侵权行为的损害赔偿适用侵权行为实施地法或侵权结果发生地法”；有条件选择适用的冲突规范，如我国《民法通则》第145条的规定：“涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，……涉外合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

4. 重叠适用的冲突规范，是指其系属有两个或两个以上，并且同时适用于某种民商事法律关系的冲突规范。例如，我国1999年国务院批准的《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》第3条规定：外国人在华收养子女应符合收养法的规定，并不得违背收养人所在国的法律。



1. (1999 - 1 - 47)<sup>①</sup> 根据国际私法的理论, 下列哪些选项可以作为当事人属人法的连接点?
  - A. 国籍
  - B. 住所
  - C. 经常居住地
  - D. 行为地
2. (1999 - 1 - 54)<sup>②</sup> 根据国际私法理论, 下列选项哪些可被认为是行为地法?
  - A. 婚姻举行地法
  - B. 侵权行为地法
  - C. 当事人选择的法律
  - D. 法院地法
3. (1999 - 1 - 78)<sup>③</sup> 下列选项中哪些法律规定属于冲突规范?
  - A. 不动产的所有权, 适用不动产所在地法律
  - B. 中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系
  - C. 扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律
  - D. 中国已婚的公民, 夫妻双方在国外但未定居, 一方向人民法院起诉离婚的, 应由原告或被告住所地人民法院管辖
4. (2000 - 1 - 68)<sup>④</sup> 下列选项哪些属于冲突规范中静态的连接点?
  - A. 不动产所在地
  - B. 婚姻举行地
  - C. 合同缔结地
  - D. 动产所在地
5. (2002 - 1 - 60)<sup>⑤</sup> 在国际私法上, 准据法的特点有哪些?
  - A. 准据法必须是通过冲突规范所指定的法律
  - B. 准据法是能够具体确定当事人权利义务的实体法
  - C. 准据法可以是国际统一实体规范
  - D. 准据法一般是依据冲突规范中的系属并结合国际民商事案件的具体情况来确定的
6. (2003 - 1 - 21)<sup>⑥</sup> “在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同, 适用中华人民共和国法律。”该条款属于下列选项中哪一类型的冲突规范?
  - A. 单边冲突规范
  - B. 双边冲突规范
  - C. 重叠适用的冲突规范
  - D. 选择适用的冲突规范

## 考点二 准据法

### 考点解析

准据法是指经冲突规范指定援引用来具体确定民商事法律关系当事人的权利与义务的特定的实体法律。其特征包括:

1. 是按照冲突规范的指定所援引的法律;
2. 是能够确定当事人之间的权利义务内容的实体法;
3. 是依据冲突规范中的系属, 并结合具体的国际民商案件情况而确定的法律。

- ① ABC。
- ② AB。
- ③ AC。
- ④ ABC。
- ⑤ ABD。
- ⑥ A。





## 第十一讲 适用冲突规范的制度

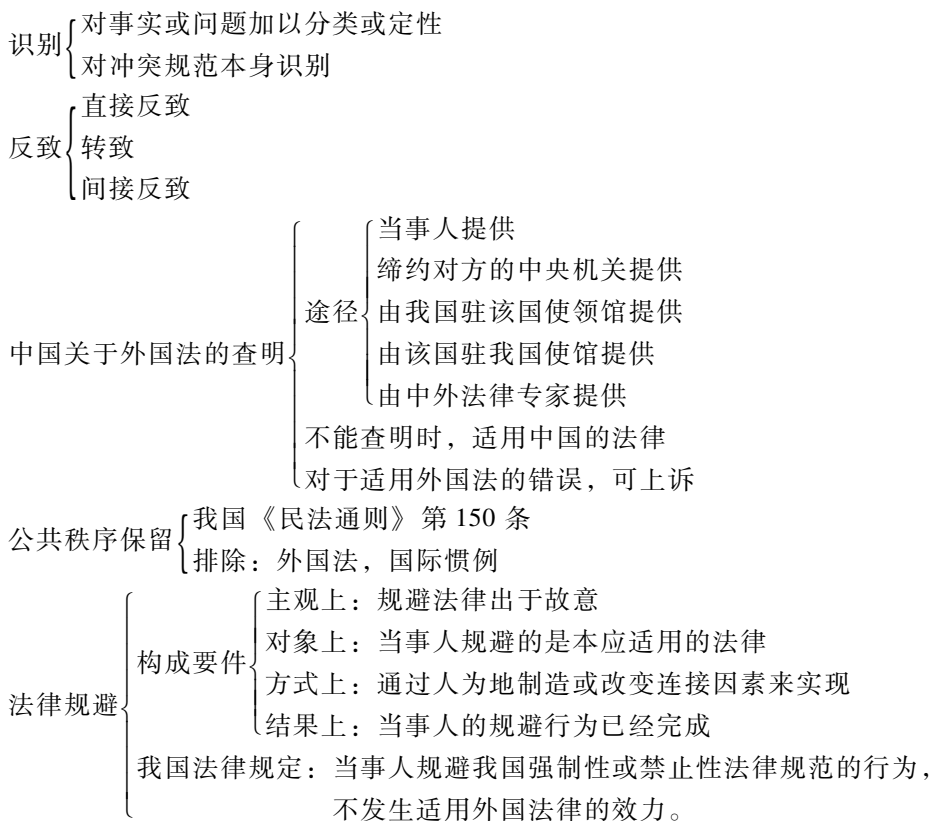
### 【本讲概要】

了解：适用冲突规范的各种制度（识别、反致、外国法的查明、公共秩序保留和法律规避）的概念、内容以及我国的相关法律规定。

理解：适用冲突规范的各种制度的作用和它们导致的结果。

熟悉并能够运用：适用冲突规范的各种制度以及我国法律的相关规定。

### 【知识体系】



### 重点法条

#### 《民法通则》

第一百五十五条 依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

#### 《民通意见》

193. 对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：①由当事人提供；②由与我国

订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；③由我国驻该国使领馆提供；④由该国驻我国使馆提供；⑤由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

194. 当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。

## 考点一 识别与反致

### 考点解析

#### （一）识别

识别一方面是对案件所涉及的有关事实或问题属于什么法律范畴进行识别，比如说，属于合同问题还是属于侵权问题，属于夫妻财产关系还是属于继承关系，属于结婚实质要件问题还是属于婚姻形式要件问题，是实体法问题还是程序法问题，例如时效问题。另一方面，识别也是对冲突规范本身的识别，即对冲突规范的范围或对象所使用的法律术语进行解释，例如对于动产和不动产的识别。

在我国的法律中对识别并未进行规定，但我国司法实践曾经处理过类似问题。

#### （二）反致

##### 1. 反致的概念

反致问题应把重点放在从题目中给出的事实，推出是哪一种反致制度。

##### （1）直接反致（ $A \longleftrightarrow B$ ）

直接反致指法院审理某一涉外民事案件时，按照本国冲突规范应适用某一外国法，而该外国法中的冲突规范和指定此案件应适用法院地国的实体法，法院据此适用了本国的实体法。

##### （2）转致（ $A \longrightarrow B \longrightarrow C$ ）

转致又称“二级反致”，是指对于某一涉外民事案件，依法院地国冲突的规定，应当适用某外国法，而依该外国冲突规范的规定，须适用第三国法，如果法院地国最终适用了该第三国的实体法，这种适用法律的过程就叫做转致。

##### （3）间接反致（ $A \xrightarrow{\quad} B \xrightarrow{\quad} C$ ）

间接反致又称“大反致”，指对于某涉外民事案件，依法院地国冲突规范的规定，应当适用某外国冲突规范的规定，应适用第三国法律，但是，依第三国冲突规范规定，却又应适用法院地法。最后，法院地国适用了其内国实体法，这种法律适用过程叫间接反致。

##### （4）完全反致

完全反致又叫做双重反致。完全反致或双重反致是相对部分反致或单一反致而言的。完全反致是英国冲突法中的一种独特做法，就是指英国法院的法官在处理某一案件时，如果依英国法而应适用某外国法，应假定将自己置于该外国法律体系，像该外国法官依据自己的法律来裁断案件一样，再依该外国对反致所持的态度，决定最后应适用的法律。

##### 2. 反致问题的产生

在国际私法中，反致问题是在适用冲突规范选择准据法的过程中产生的。同识别问题



一样，它也是冲突规范本身之冲突的一种表现形式。

反致问题的产生必须具备如下三个条件：

(1) 不同国家或不同地区的冲突规范对同一民商事法律关系或民商事法律问题的法律适用作出了不同的规定或不同的解释。

(2) 审理案件的法院将本国或本地区的冲突规范所指定的外国法或外域法视为包括冲突规范在内的全部法律。

(3) 法院地法律接受反致制度。

### 3. 关于反致的实践

中国在立法中没有对反致问题做出明确的规定。《民通意见》第178条第2款规定：人民法院在审理涉外民事关系的案件时，应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。这一规定隐含着中国不采用反致制度。

## 真题演练

1. (2002-1-20)<sup>①</sup> 一对夫妇，夫为泰国人，妻子为英国人。丈夫在中国逝世后，妻子要求中国法院判决丈夫在中国的遗产归其所有。判断妻子对其夫财产的权利是基于夫妻财产关系的权利还是妻子对丈夫的继承权利的问题在国际私法上被称为什么？

- A. 二级识别
- B. 识别
- C. 法律适用
- D. 先决问题

2. (1999-1-25)<sup>②</sup> 甲国公民A(男)与乙国公民B(女)在乙国结婚，因工作关系移居丙国，数年后，A在丙国死亡，其前妻之子女在丙国法院提起了要求继承A在丙国的遗产的诉讼，并认为A与B之间的夫妻关系不成立，否认B的继承权，关于A与B之间夫妻关系的成立，依丙国国际私法的规定应适用乙国法律，但是依乙国法律应适用丈夫本国法的甲国法律，根据国际私法的理论，丙国法院适用甲国法的行为属于下列哪一选项？

- A. 反致
- B. 间接反致
- C. 转致
- D. 双重反致

3. (2000-1-28)<sup>③</sup> 住所在英国的一阿根廷公民死于英国，在日本遗有不动产，因该不动产的继承在日本法院涉讼。日本冲突规范规定继承适用被继承人死亡时的属人法，即阿根廷法；阿根廷冲突规范则规定继承适用死者最后住所地法，即英国法；英国冲突规范又规定，不动产继承适用不动产所在地法，即日本法。采用国际私法中的何种制度可以达到适用日本实体法的结果？

- A. 直接反致
- B. 转致
- C. 间接反致
- D. 完全反致

4. (2002-1-21)<sup>④</sup> 塞纳具有甲国国籍，住所在乙国，于1988年死亡。塞纳的亲属要求继承其遗留在丙国的不动产并诉至丙国法院。丙国法院按照本国的冲突规范应适用塞纳的本国法即甲国法；但依甲国冲突规范规定又应适用塞纳的住所地法即乙国法；而乙国

① B。  
② C。  
③ C。  
④ B。



冲突规范规定应适用不动产所在地法律即丙国法律。此时，丙国法院适用自己本国法律的行为属于下列哪一选项？

- A. 直接反致
- B. 间接反致
- C. 转致
- D. 双重反致

## 考点二 外国法的查明和解释

### 考点解析

我国法律规定人民法院有责任查明外国法的内容，当事人也有举证的责任。当事人可以通过下列途径查明外国法：

- (1) 由当事人提供；
- (2) 由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；
- (3) 由我国驻该国使领馆提供；
- (4) 由该国驻我国使馆提供；
- (5) 由中外法律专家提供。

此外，在我国签定的双边条约中，还规定了可以由本国的外交或领事代表机关或者其他有资格的机关或个人以出具证明书的方式提交给缔约另一方法院。

我国在实践中主张，通过各种途径仍不能查明外国法时，人民法院应适用中国的法律代替外国法。

对于适用外国法的错误，无论是适用内国冲突规范的错误，还是适用外国法本身的错误，当事人均可对之提起上诉。

另外，根据《最高人民法院关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》规定，当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律为外国法律时，由当事人提供或者证明该外国法律的相关内容。人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律为外国法律时，可以依职权查明该外国法律，亦可以要求当事人提供或者证明该外国法律的内容。当事人和人民法院通过适当的途径均不能查明外国法律的内容的，人民法院可以适用中华人民共和国法律。当事人对查明的外国法律内容经质证后无异议的，人民法院应予确认。当事人有异议的，由人民法院审查认定。

### 真题演练

1. (2003-1-61)<sup>①</sup> 人民法院处理涉外民商事案件会碰到依据我国法律中冲突规范的规定应当适用外国法的情况。对于应当适用的外国法律，人民法院可以通过下列哪些途径查明？

- A. 由当事人提供
- B. 由该国驻我国使馆提供
- C. 由我国驻该外国使领馆提供
- D. 由中外法律专家提供

2. (2006-1-81)<sup>②</sup> 中国公民王某在甲国逗留期间，驾车正常行驶时被该国某公司

<sup>①</sup> ABCD。

<sup>②</sup> AC。



雇员驾驶的卡车撞翻，身受重伤。王某回国后，向该公司在中国的分支机构所在地法院起诉，要求该公司赔偿其损失。我国《民法通则》规定，侵权行为的损害赔偿适用侵权行为地法。依此，关于如何查明应当适用的甲国法，下列哪些选项是正确的？

- A. 可由中外法律专家向法院提供甲国有关交通事故损害赔偿方面的法律规定
- B. 只有我国驻甲国使领馆才能提供甲国有关交通事故损害赔偿方面的法律规定
- C. 王某自己可以向法院提供甲国有关交通事故损害赔偿方面的法律规定
- D. 经各种途径仍不能查明甲国有关法律时，法院应当依照公平原则裁判

3. (2008-1-35)<sup>①</sup> 我国“协航”号轮与甲国“瑟皇”号轮在乙国领海发生碰撞。“协航”号轮返回中国后，“瑟皇”号轮的所有人在我国法院对“协航”号轮所属的船公司提起侵权损害赔偿之诉。在庭审过程中，双方均依据乙国法律提出请求或进行抗辩。根据这一事实，下列哪一选项是正确的？

- A. 因双方均依据乙国法律提出请求或进行抗辩，故应由当事人负责证明乙国法律，法院无须查明
- B. 法院应依职权查明乙国法律，双方当事人无须证明
- C. 法院应依职权查明乙国法律，也可要求当事人证明乙国法律的内容
- D. 应由双方当事人负责证明乙国法律，在其无法证明时，才由法院依职权查明

### 考点三 公共秩序保留与法律规避

#### 考点解析

##### 1. 公共秩序保留

公共秩序保留指当一国依该国冲突规范的指引应适用外国法时，如该外国法的规定与该国的公共秩序相抵触时，可排除该外国法的适用的制度。我国《民法通则》第150条规定“依照本章规定适用外国法律或国际惯例，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”该规定就在法律中明确规定适用外国法或者国际惯例时，不得违背本国公共利益。

##### 2. 法律规避

法律规避的构成有四个要件：

- (1) 从主观上讲，当事人规避某法律必须是出于故意；
- (2) 从规避的对象上讲，当事人规避的法律是当事人本应适用的法律；
- (3) 从行为方式上讲，当事人是通过人为地制造或改变一个或几个连接因素来实现法律规避的；
- (4) 从客观结果上讲，当事人的规避行为已经完成。

当事人为规避法律而改变的连接点有：例如当事人为了结婚而改变国籍或住所，或者改变行为地；为了处分法律不允许处分的物而改变物之所在地等。

对于法律规避，《民通意见》194条规定：当事人规避我国强制性或禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。

<sup>①</sup> C。



1. (2006-1-39)<sup>①</sup> 世界各国都将公共秩序保留作为捍卫本国根本利益的一项重要法律制度。关于这一制度,下列哪项判断是错误的?

A. 我国的公共秩序保留制度仅在适用外国法律将违反我国社会公共利益的情况下才可以适用,其结果为排除相关外国法律的适用

B. 在英美普通法系国家中,“公共秩序”的概念一般表述为“公共政策”

C. 公共秩序保留制度已经为国际条约所规定

D. 我国法律中常常采用“社会公共利益”来表述“公共秩序”的概念

2. (2002-1-61)<sup>②</sup> 下列关于法律规避的说法中哪些是正确的?

A. 当事人有规避法律的故意

B. 当事人是通过变更静态连接点而实现规避法律的

C. 当事人规避我国强行法的行为无效

D. 国际私法上的法律规避是当事人滥用冲突规范的结果



① A。

② ACD。



## 第十二讲 国际民商事法律适用

### 【本讲概要】

了解：各种常见的国际民商事法律关系中的法律冲突以及我国法律的相关规定。

理解：重要的法律适用规则。

熟悉并能够运用：我国法律的重要法律适用规则。

### 重点法条

#### 《民法通则》

第一百四十三条 中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。

第一百四十四条 不动产的所有权，适用不动产所在地法律。

第一百四十五条 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。

涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

第一百四十六条 侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。

中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国领域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵权行为处理。

第一百四十七条 中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。

第一百四十八条 扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。

第一百四十九条 遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。

#### 【关联法条】

#### 《民通意见》

179. 定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用其定居国法律。

180. 外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认定为有民事行为能力。

186. 土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律。

187. 侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时，人民法院可以选择适用。



188. 我国法院受理的涉外离婚案件，离婚以及因离婚而引起的财产分割，适用我国法律。认定其婚姻是否有效，适用婚姻缔结地法律。

189. 父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养，应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的联系。

190. 监护的设立、变更和终止，适用被监护人的本国法律。但是，被监护人在我国境内有住所的，适用我国的法律。

191. 在我国境内死亡的外国人，遗留在我国境内的财产如果无人继承又无人受遗赠的，依照我国法律处理，两国缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

195. 涉外民事法律关系的诉讼时效，依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定。

### 《票据法》

第九十四条 涉外票据的法律适用，依照本章的规定确定。

前款所称涉外票据，是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中，既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。

第九十五条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。

本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

第九十六条 票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。

票据债务人的民事行为能力，依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律。

第九十七条 汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律。

支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律。

第九十八条 票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律。

第九十九条 票据追索权的行使期限，适用出票地法律。

第一百条 票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法律。

第一百零一条 票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。

### 《民用航空法》

第一百八十四条 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定；但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。

中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

第一百八十五条 民用航空器所有权的取得、转让和消灭，适用民用航空器国籍登记国法律。

第一百八十六条 民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。

第一百八十七条 民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。

第一百八十八条 民用航空运输合同当事人可以选择合同适用的法律，但是法律另有规定的除外；合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

第一百八十九条 民用航空器对地面第三人的损害赔偿，适用侵权行为地法律。



民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。

第一百九十条 依照本章规定适用外国法律或者国际惯例，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。

### 《海商法》

第二百六十九条 合同当事人可以选择合同适用的法律，法律另有规定的除外。合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

第二百七十条 船舶所有权的取得、转让和消灭，适用船旗国法律。

第二百七十一条 船舶抵押权适用船旗国法律。

船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间，设立船舶抵押权的，适用原船舶登记国的法律。

第二百七十二條 船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律。

第二百七十三条 船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法律。

船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法律。

同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

第二百七十四条 共同海损理算，适用理算地法律。

第二百七十五条 海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。

## 考点一 权利能力和行为能力

### 考点解析

#### 1. 自然人行为能力的法律适用

对于自然人行为能力的法律适用，国际上通行的做法是：原则上适用当事人的属人法，但有两个原则或限制，一是处理不动产的行为能力适用不动产所在地法；二是有关商务活动的当事人的行为能力可以适用行为地法，即只要其属人法或行为地法认为自然人有行为能力，就应认为其有行为能力。这一原则和例外对我国也适用，因此必须重点掌握。

对于自然人行为能力的法律适用，我国《民法通则》规定中国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。我国《民通意见》又作了如下补充意见：

(1) 定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用定居国法律；

(2) 外国人在我国领域内进行民事活动，如依其本国法律为无民事行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认定为有民事行为能力；

(3) 无国籍人的民事行为能力，一般适用定居国法律，如未定居，适用其住所地国法律。

#### 2. 法人的行为能力的法律适用

关于外国法人在我国的民事行为能力，我国实际上重叠适用其本国法和内国法。我国以外国法人的注册登记地国的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。

1. (2002-1-62)<sup>①</sup> 甲国公民汤姆 19 岁, 1989 年在我国境内购买了一件民间工艺品, 价值 1 500 元, 现汤姆以其本国法上 20 岁为成年才具有行为能力为由, 要求解除合同。我国法院在审理此案时应如何处理?

- A. 汤姆的行为无效, 可以解除合同, 买卖不成立
- B. 汤姆的行为有效
- C. 法院可以适用 1980 年《国际货物买卖合同公约》处理该案
- D. 合同成立

2. (2005-1-37)<sup>②</sup> 某国公民杰克逊 18 岁, 在上海某商店购买一款手机, 价值 4 000 元人民币。三天之后, 杰克逊在另一商店发现该款手机的价格便宜许多, 便到前一商店要求退货, 被拒绝。杰克逊遂向上海某法院起诉, 理由是根据其本国法, 男子满 20 岁为成年人, 自己未届成年, 购买手机行为应属无效。对此, 下列哪一种说法是正确的?

- A. 认定杰克逊的行为无效, 手机可以退货
- B. 认定杰克逊的行为有效, 手机不能退货
- C. 认定杰克逊为限制行为能力人, 但因本案所涉金额不大, 判购买行为有效
- D. 法院应根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》处理该案

3. (2009-1-36)<sup>③</sup> 中国籍人李某 2008 年随父母定居甲国, 甲国法律规定自然人具有完全民事行为能力的年龄为 21 周岁。2009 年 7 月李某 19 周岁, 在其回国期间与国内某电脑软件公司签订了购买电脑软件的合同, 合同分批履行。李某在部分履行合同后, 以不符合甲国有关完全民事行为能力年龄法律规定为由, 主张合同无效, 某电脑软件公司即向我国法院起诉。依我国相关法律规定, 下列哪一说法是正确的?

- A. 应适用甲国法律认定李某不具有完全行为能力
- B. 应适用中国法律认定李某在中国的行为具有完全行为能力
- C. 李某已在甲国定居, 在中国所为行为应适用定居国法律
- D. 李某在甲国履行该合同的行为应适用甲国法律

## 考点二 物权关系的法律适用

### 考点解析

国际上普遍采用物之所在地法作为解决物权关系法律冲突的基本原则。我国《民法通则》第 144 条规定: 对不动产的所有权, 适用不动产所在地法。《民通意见》第 186 条进一步规定: 不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系, 均应适用不动产所在地的法律。

① BD。

② B。《民通意见》第 180 条规定, 外国人在我国领域内进行民事活动, 如依其本国法律为无民事行为能力, 而依我国法律为有民事行为能力, 应当认定为有民事行为能力。本题中杰克逊 18 岁, 我国法律认为其有完全民事行为能力, 在我国领域进行买卖这一民事行为有效, 手机不可以退货。

③ B。



(四川 2008 - 1 - 80)<sup>①</sup> 关于物权关系的法律适用, 根据我国现行法律中的冲突法规则, 下列哪些选项是正确的?

- A. 不动产的所有权适用不动产所在地法律
- B. 船舶所有权的取得适用船旗国法律
- C. 船舶优先权适用受理案件的法院所在地的法律
- D. 民用航空器的所有权和抵押权适用民用航空器国籍登记国法律

## 考点三 债权

### 考点解析

#### (一) 合同的法律适用

我国规定了国际条约优先原则; 当事人意思自治原则; 最密切联系原则; 国际惯例补充原则。

##### 1. 国际条约优先原则

《民法通则》第 142 条第 2 款规定: 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的, 适用国际条约的规定, 但中华人民共和国声明保留的条款除外。

##### 2. 当事人意思自治原则

《民法通则》第 145 条第 1 款规定: 涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律, 法律另有规定的除外。

2007 年最高法院出台了《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》。根据该规定, 当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律, 应当以明示的方式进行。当事人在一审法庭辩论终结前通过协商一致, 选择或者变更选择合同争议应适用的法律的, 人民法院应予准许。

例外有如下几项:

- (1) 中外合资经营企业合作合同;
- (2) 中外合作经营企业合作合同;
- (3) 中外合作勘探、开发自然资源合同;
- (4) 中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同;
- (5) 外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同;
- (6) 外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同;
- (7) 外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同;

<sup>①</sup> ABCD。





(8) 外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产

的合同；

(9) 中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。

### 3. 最密切联系原则

《民法通则》第 145 条第 2 款规定：涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家法律。

根据规定，人民法院根据最密切联系原则确定合同争议应适用的法律时，应根据合同的特殊性质，以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素，确定与合同有最密切联系的国家或者地区的法律作为合同的准据法。

(1) 买卖合同，适用合同订立时卖方住所地法；如果合同是在买方住所地谈判并订立的，或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的，适用买方住所地法。

(2) 来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同，适用加工承揽人住所地法。

(3) 成套设备供应合同，适用设备安装地法。

(4) 不动产买卖、租赁或者抵押合同，适用不动产所在地法。

(5) 动产租赁合同，适用出租人住所地法。

(6) 动产质押合同，适用质权人住所地法。

(7) 借款合同，适用贷款人住所地法。

(8) 保险合同，适用保险人住所地法。

(9) 融资租赁合同，适用承租人住所地法。

(10) 建设工程合同，适用建设工程所在地法。

(11) 仓储、保管合同，适用仓储、保管人住所地法。

(12) 保证合同，适用保证人住所地法。

(13) 委托合同，适用受托人住所地法。

(14) 债券的发行、销售和转让合同，分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。

(15) 拍卖合同，适用拍卖举行地法。

(16) 行纪合同，适用行纪人住所地法。

(17) 居间合同，适用居间人住所地法。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的，适用该另一国家或者地区的法律。

### 4. 国际惯例补充原则

《民法通则》第 142 条第 1 款规定：中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。

## (二) 侵权的法律适用

重点掌握我国关于侵权行为法律适用的规定。

1. 侵权行为地法原则。①侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法。②关于船舶碰撞的法律适用和民用航空器对地面第三人的损害赔偿，适用侵权行为地法。侵权行为地包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果二者不一致时，法院可以选择适用。

2. 当事人共同属人法原则。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法或者住所地法律。



3. 重叠适用原则。我国不认为在我国领域外发生的行为是侵权行为的, 不作为侵权行为处理。即重叠适用了侵权行为地法和我国法律。

4. 法院地法原则。①船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿; ②海事赔偿责任的限制; ③民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿, 适用受理案件的法院所在地法。

5. 旗国法原则。同一国籍的船舶, 不论碰撞发生于何地, 船舶碰撞之间的损害赔偿适用船旗国法。

### 真题演练

1. (2002-1-63)① 依照我国法律的规定, 下列哪些合同必须适用我国法律?

A. 德国甲公司与法国乙公司依照《中华人民共和国外资企业法》, 为共同投资在中国设立企业丙而订立的合同

B. 美国甲公司与我国乙公司依照《中华人民共和国中外合资经营企业法》, 为共同投资在中国设立企业丙而订立的合同

C. 日本国甲公司与意大利国乙公司及中国丁公司依照《中华人民共和国中外合作经营企业法》, 为共同投资在中国设立企业丙而订立的合同

D. 中国甲公司与新加坡乙公司签订的在中国境内履行的中外合作勘探开发自然资源合同

2. (2006-1-40)② 中国 X 公司与美国 Y 公司订立一项出口电器合同, 约定有关该合同争议的解决适用《美国统一商法典》。X 公司负责安排巴拿马籍货轮运输, 并约定适用《海牙规则》。该批货物在中国港口装船时因操作失误使码头装卸设备与船舶发生了碰撞, 导致船舶与部分货物的损失。依照我国有关法律, 下列哪一选项是正确的?

A. 该案应由中国该港口辖区中级人民法院管辖

B. 该案应由中国该港口辖区海事法院管辖

C. 出口合同的双方选择适用《美国统一商法典》的约定是无效的

D. 运输合同应当适用中国法

3. (2006-1-94)③ 在国际私法中, 应当适用于某一合同的实体法被称为该合同的准据法。关于合同准据法的确定, 下列哪种表述是正确的?

A. 我国所有的法律都允许涉外合同的当事人自行约定合同准据法

B. 合同的当事人没有选择适用于合同的准据法时, 我国法院应适用与该合同有最密切联系国家的法律

C. 关于对合同当事人的行为能力与合同的有效性应分别适用不同国家法律的主张, 称为确定合同准据法的分割论

D. 按照特征性履行方法的理论, 当事人未选择适用于合同的法律时, 应根据合同的特殊性确定合同准据法

4. (2008-1-37)④ 中国豫达公司向甲国来科公司出售一批成套设备, 该设备将安装在乙国。合同约定有关的纠纷将由被告一方法院管辖但未约定合同的准据法。后双方因

① BCD。

② B。

③ BCD。

④ C。





履约发生争议，来科公司在中国法院起诉豫达公司。根据最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》，关于我国法院在该案中应推定适用的法律，下列哪一选项是正确的？

- A. 中国法，因豫达公司为设备供应方
- B. 甲国法，因来科公司为该批设备的买方
- C. 乙国法，因乙国为该批设备的安装地
- D. 《国际商事合同通则》，因该通则确定的规则具有更广泛的国际性

5. (四川 2008 - 1 - 35)① 甲国公司与中国公司就一项进出口合同的履行发生争议，并诉诸中国法院。合同未约定法律适用的内容。原告起诉的请求和主张依据中国法律，被告对此未提出异议，且援引中国法进行答辩。根据最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》，关于合同的法律适用，下列哪一选项是正确的？

- A. 当事人只能在一审开庭前对适用的法律进行选择
- B. 因本案当事人在合同中未约定法律适用条款，原告不得依中国法起诉
- C. 本案应当采用最密切联系原则确定应适用的法律
- D. 本案的情况应视为当事双方已就合同适用的法律作出了选择

6. (四川 2008 - 1 - 39)② 对涉外商事合同，基本原则是允许当事人自己选择合同的准据法，但该选择是有限制的。根据我国现行法律和司法解释，当事人可以任意选择下列哪一种合同的准据法？

- A. 涉外融资租赁合同
- B. 在中国境内设立中外合资经营企业的合同
- C. 外国人承包经营在中国境内设立的中外合作经营企业的合同
- D. 外国法人购买中国境内国有独资公司股东股权的合同

7. (2009 - 1 - 34)③ 中国某航空公司从甲国公司融资租赁一架飞机。双方合同约定适用甲国法律，由乙国银行提供贷款，由住所位于丙国的丙国公司担保。合同以英文作成，但贷款合同和保证合同对法律适用均没有约定。履行中发生争议，诉诸中国法院。依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 飞机融资租赁合同应适用甲国法律
- B. 飞机融资租赁合同应适用承租人住所地法律
- C. 贷款合同应认为当事人默示选择适用英国法
- D. 保证合同应适用中国某航空公司的住所地法

8. (2004 - 1 - 92)④ 甲国人 A 和 B 同受雇于香港某公司，二人均在中国上海有住所。某日，他们同乘轮船自乙国赴中国，途经公海时，二人发生口角，A 顺手抓起 B 的旅行箱向 B 掷去，造成旅行箱内的贵重仪器被毁坏。轮船抵达上海后，B 向我国法院提起诉讼，要求 A 承担赔偿责任。我国法院可以适用下列何种法律？

- A. 甲国法
- B. 香港法
- C. 乙国法
- D. 中国法

- 
- ① D。
  - ② A。
  - ③ A。
  - ④ AD。

### 考点解析

1. 票据当事人能力的法律适用。我国法律规定票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力，依照其本国法为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力，适用行为地法。

2. 票据行为方式的法律适用。我国法律规定，汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律。

支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律。票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法。

3. 票据追索权的法律适用。我国法律规定，票据追索权的行使期限，适用出票地法。

4. 持票人责任的法律适用。票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法。

5. 票据丧失时权利保全程序的法律适用。票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。

### 真题演练

1. (2006-1-41)<sup>①</sup> 甲公司在中国签发一张以德国乙公司为受益人、以德国丙银行为付款人的汇票。乙公司在德国将该汇票背书转让给西班牙丁公司，丁公司向丙银行提示承兑时被拒绝。依照我国《票据法》，关于此案的法律适用，下列哪一表述是正确的？

- A. 甲公司是否有签发该票据的能力应依德国法
- B. 该汇票的背书争议应适用西班牙法
- C. 该汇票出票时的记载事项适用中国法
- D. 丙银行拒绝承兑后，该汇票追索权的行使期限适用德国法

2. (2009-1-35)<sup>②</sup> 甲国人罗得向希姆借了一笔款。罗得在乙国给希姆开具一张五万美元的支票，其记载的付款人是罗得开立账户的丙国银行。后丙国银行拒绝向持有支票的希姆付款。因甲国战乱，希姆和罗得移居中国经商并有了住所，希姆遂在中国某法院起诉罗得，要求其支付五万美元。关于此案的法律适用，下列哪一选项是正确的？

- A. 该支票的追索应适用当事人选择的法律
- B. 该支票追索权的行使期限应适用甲国法律
- C. 该支票的记载事项适用乙国法律
- D. 该支票记载的付款人是丙国银行，罗得的行为能力应适用丙国法

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> C。



## 考点五 海事关系的法律适用

### 考点解析

对于海事关系的法律适用，我国规定了如下内容：

1. 国际条约优先原则。
2. 国际惯例补充原则。
3. 意思自治原则和最密切联系原则。
4. 船旗国法原则

(1) 船舶所有权的取得、转让和消灭，适用船旗国法律。

(2) 船舶抵押权适用船旗国法律。

(3) 船舶在光船租赁以前或光船租赁期间，设立抵押权的，适用原船舶登记地的法律。

(4) 同一国籍的船舶，不论碰撞发生于何地，碰撞期间的损害赔偿适用船旗国法律。

5. 侵权行为地法原则

船舶碰撞的损害赔偿，适用侵权行为地法。

6. 法院地法原则

(1) 船舶优先权，适用受理案件的法院所在地法律。

(2) 船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法。

(3) 海事赔偿责任限制，适用受理案件的法院所在地法律。

7. 理算地法原则

共同海损理算，适用理算地法。

### 真题演练

1. (2003-1-22)<sup>①</sup> 中国南方某航运公司将其所有的一艘悬挂巴拿马国旗的远洋货轮转让给印度一家航运公司，该船舶所有权的转让应适用下列哪一国法律？

- A. 中国法律
- B. 巴拿马法律
- C. 印度法律
- D. 船舶所在地国法律

2. (2004-1-38)<sup>②</sup> 一艘悬挂巴拿马国旗并由一巴西海运公司经营的海船，运送一批属一家日本公司的货物从日本到中国，在韩国附近海域发生意外。为了安全完成本航程，该海船驶入韩国某港口避难，发生共同海损，后在中国某港口进行理算。该共同海损理算应适用什么法律？

- A. 船旗国法律
- B. 共同海损发生地法律
- C. 巴西的法律
- D. 理算地法律

3. (2004-1-71)<sup>③</sup> 根据我国《海商法》关于船舶物权问题的规定，下列表述哪些是正确的？

- 
- ① B。
  - ② D。
  - ③ BD。





A. 船舶抵押权适用抵押地法律

B. 船舶优先权适用受理案件的法院所在地法律

C. 船舶所有权的取得、转让和消灭适用行为地法律

D. 船舶在光船租赁期间设立船舶抵押权的, 适用原船舶登记国法律

4. (2006-1-82)<sup>①</sup> 依照我国《海商法》相关规定, 下列哪些诉讼应适用受理案件的法院所在地法律?

A. 我国法院受理的关于海事赔偿责任限制的诉讼

B. 我国法院受理的关于船舶优先权的诉讼

C. 同一国籍的船舶在公海上发生碰撞而在我国法院进行的诉讼

D. 不同国籍的外国船舶在公海上发生的碰撞而在我国法院进行的诉讼

5. (2007-1-37)<sup>②</sup> 巴拿马籍货轮“安达号”承运一批运往中国的货物, 中途停靠韩国。“安达号”在韩国停靠卸载同船装运的其他货物时与利比里亚籍“百利号”相碰。“安达号”受损但能继续航行, 并得知“百利号”最后的目的港也是中国港口。“安达号”继续航行至中国港口卸货并在中国某海事法院起诉“百利号”, 要求其赔偿碰撞损失。依照我国法律, 该法院处理该争议应适用下列哪一国法律?

A. 中国法律, 因为本案两船国籍不同, 应适用法院地法处理争议

B. 巴拿马法律, 因为它是本案原告船舶的国籍国

C. 利比里亚法律, 因为它是本案被告船舶的国籍国

D. 韩国法律, 因为韩国是侵权行为地

6. (2009-1-83)<sup>③</sup> 甲国贸易公司航次承租乙国籍货轮“锦绣”号将一批货物从甲国运往中国, 运输合同载有适用甲国法律的条款。“锦绣”号停靠丙国某港时与丁国籍轮“金象”号相撞, 有关货损和碰撞案在中国法院审理。关于该案的法律适用, 下列哪些选项是正确的?

A. 有关航次租船运输合同的争议应适用与合同有最密切联系的法律

B. 有关航次租船运输合同的争议应适用甲国法律

C. 因为“锦绣”号与“金象”号的国籍不同, 两轮的碰撞纠纷应适用法院地法解决

D. “锦绣”号与“金象”号的碰撞应适用丙国法律

## 考点六 民用航空关系的法律适用

### 考点解析

1. 民用航空器所有权的取得、转让和消灭, 抵押权, 适用民用航空器国籍登记国法律。

2. 民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。

3. 民用航空运输合同当事人可以选择合同适用的法律, 但是法律另有规定的除外; 合同当事人没有选择的, 适用与合同有最密切联系的国家的法律。

① ABD。

② D。

③ BD。

4. 民用航空器对地面第三人的损害赔偿, 适用侵权行为地法律。民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿, 适用受理案件的法院所在地法律。

注意: 民用航空关系的法律适用与海事关系的法律适用基本类似, 可以比照海事关系掌握。

### 真题演练

1. (2004-1-37)<sup>①</sup> 依我国《民用航空法》的规定, 民用航空器的转让、抵押, 应当适用哪国法律?

- A. 民用航空器转让、抵押地国法律
- B. 民用航空器所在地国法律
- C. 民用航空器国籍登记国法律
- D. 受理案件的法院所在地国法律

2. (2005-1-39)<sup>②</sup> 新加坡民用航空公司一架客机飞往印度尼西亚途中, 因机上物体坠落使在公海上捕鱼的越南渔船受损。后该渔船开往中国港口修理, 并就该飞机造成的损害赔偿诉诸我国法院。对于该案, 依《中华人民共和国民用航空法》规定, 法院应适用下列哪个国家的法律?

- A. 新加坡法律
- B. 印度尼西亚法律
- C. 越南法律
- D. 中国法律

## 考点七 结婚家庭关系的法律适用

### 考点解析

#### 1. 结婚的法律适用

我国法律规定中国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法。这一点既适用于实质要件, 也适用于形式要件。

#### 2. 离婚的法律适用

对于离婚的法律适用, 要重点掌握两点: 离婚案件的管辖权和法律适用。

(1) 离婚案件的管辖权。我国法院对下列案件具有管辖权:

- ① 只要被告在我国有住所或居所的;
- ② 对于被告不在我国境内居住的离婚案件, 如果原告在我国境内有住所或居所 (原告住所地或居住地法院);
- ③ 对于在国内结婚并定居国外的华侨, 定居国法院不受理的 (婚姻缔结地或一方在国内的最后居住地法院);
- ④ 在国外结婚并定居国外的华侨, 定居国法院不受理的 (一方原住所地或在国内的最后住所地法院);
- ⑤ 中国公民一方定居国外, 一方居住在国内的, 无论哪一方向法院起诉的 (国内一

① C。  
② D。





方住所地法院)；

⑥ 中国公民双方在国外但未定居，一方向法院起诉的（原告或者被告住所地法院）；

⑦ 中国公民和外国人在华要求离婚的，中国公民住所地人民法院有权管辖；

⑧ 配偶双方均为外国人或无国籍人在中国要求离婚，中国法院认定当事人一方的住所或居所在中国，中国法院有管辖权。

（2）法律适用。离婚适用受理案件的法院所在地的法律。

### 3. 收养法律适用

我国规定重叠适用中国法和收养人所在地法。

### 4. 监护的法律适用

对于监护的法律适用，我国规定了监护的设立、变更和终止，适用被监护人的本国法律。但是，被监护人在我国境内有住所的，适用我国法律。

### 5. 扶养的法律适用

《民法通则》规定，扶养适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。此处的扶养包括父母对子女的扶养关系、夫妻之间的扶养关系和子女对父母的赡养关系。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的联系。

## 真题演练

1. (2004 - 1 - 36)① 依我国法律规定，在我国法院受理的涉外离婚案件审理过程中，认定婚姻是否有效应当以下列哪一项为准据法？

- A. 婚姻缔结地法
- B. 当事人本国法
- C. 当事人住所地法
- D. 法院地法

2. (四川 2008 - 1 - 81)② 关于涉外婚姻，根据我国现行法律、法规和相关规定，下列哪些选项是正确的？

A. 中国公民同外国人在华结婚的，双方须共同到中国公民一方户口所在地的婚姻登记机关进行结婚登记

B. 双方为外国人在华结婚的，均可采取领事婚姻方式

C. 双方为外国人在华结婚的，可以采取民事登记方式

D. 审理中国人与外国人结婚有效性的案件，我国法院依具体情况可以适用外国法律

3. (2003 - 1 - 23)③ 美国人马丁和英国人安娜夫妇是来华工作的外国专家。来华之前，两人长期在印度工作，并在那里有惯常居所。在中国工作期间，马丁向我国人民法院提起离婚的诉讼请求。对于马丁和安娜的离婚纠纷，我国法院应该适用下列哪一国法律加以解决？

- A. 美国法
- B. 英国法
- C. 中国法
- D. 印度法

4. (2004 - 1 - 35)④ 中国公民甲得知 A 国法院正在审理其配偶中国公民乙提起的离

① D。  
② ACD。  
③ C。  
④ A。



婚诉讼，便在自己住所地的中国法院对乙也提起离婚之诉。依我国司法实践，法院对于甲的起诉应如何处理？

- A. 受理此案
- B. 以“一事不两诉”原则为依据不予受理
- C. 与 A 国法院协调管辖权的冲突
- D. 告知甲在 A 国法院应诉

5. (2005 - 1 - 38)<sup>①</sup> 中国籍公民张某与华侨李某在某国相识后结婚并定居该国。10 年后张某在定居国起诉离婚，但该国法院以当事人双方均具有中国国籍为由拒绝受理该案。张某遂向自己在中国的最后居住地法院起诉。依我国法律及相关司法解释，下列哪一个选项是正确的？

- A. 因双方在定居国结婚，不应受理
- B. 因双方已定居国外 10 年，不应受理
- C. 该中国法院有权受理
- D. 告知双方先订立选择中国法院管辖的书面协议

6. (2005 - 1 - 81)<sup>②</sup> 中国人甲与法国人乙在瑞士结婚并定居在瑞士。婚后因感情不和，甲回到中国提起离婚诉讼。依据《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》，关于该案涉及的离婚以及因离婚而引起的财产分割的法律适用问题，下列哪些选项是正确的？

- A. 该婚姻的有效性应适用法国法律
- B. 该案涉及的离婚条件适用中国法律
- C. 财产分割动产适用瑞士法，不动产适用不动产所在地法
- D. 涉及该案的财产分割应适用中国法律

7. (2007 - 1 - 81)<sup>③</sup> 定居甲国的华侨王某与李某在甲国结婚，后王某在甲国起诉与李某离婚时被该国法院以当事人均具有中国国籍为由拒绝受理。王某转而在我国法院诉请离婚。根据我国现行司法解释，有关此案的管辖与适用法律，下列哪些选项是正确的？

- A. 王某住所地法院有管辖权
- B. 因两人定居国外且在国外结婚，我国法院不应受理
- C. 李某在国内的最后住所地法院有管辖权
- D. 如中国法院管辖，认定其婚姻是否有效应适用甲国法律

8. (2007 - 1 - 35)<sup>④</sup> 一对英国夫妇婚后移居意大利，后来华工作。该夫妇于今年收养一名中国儿童并决定一起回意大利生活。根据我国法律，有关该夫妇收养中国儿童所应适用的法律，下列哪一选项是正确的？

- A. 应适用中国法和意大利法
- B. 应适用中国法和英国法
- C. 只需适用中国的有关法律规定
- D. 只需适用意大利的有关法律规定

9. (2003 - 1 - 98 ~ 99) 秦某出生于美国，具有美国国籍，现年 10 岁。秦某的父亲是华裔美国人，母亲是中国人。3 年前，秦某的父母在美国离异后，秦某的母亲携秦某回国

- 
- ① C。
  - ② BD。
  - ③ ACD。
  - ④ A。



定居，秦某的母亲在公安机关办理了常住户口登记，也为秦某办理了在中国长期居留的证件。后秦某的父亲委托中国律师在中国某人民法院提起诉讼，请求取得对其子的监护权。请回答 98 ~ 99 题。

98. ① 关于对秦某监护的设立、变更和终止，我国人民法院应该适用下列哪国法律？

- A. 被监护人的本国法律
- B. 中国法律
- C. 美国法律
- D. 被监护人的住所地国家的法律

99. ② 在该案中，如果秦某只是临时居留在中国，我国人民法院对秦某的监护的设立、变更和终止应该适用下列哪国的法律？

- A. 被监护人的本国法律
- B. 中国法律
- C. 美国法律
- D. 被监护人的住所地国家的法律

10. (2009 - 1 - 33) ③ 中国籍 14 岁少年曲某随父赴甲国读书。曲父在甲国购买住房后，因生意原因返回中国，行前安排乙国籍好友李某监护曲某在甲国期间学习生活。现有有关曲某的监护问题在中国某法院涉诉。关于本案的法律适用，下列哪一选项是正确的？

- A. 应适用甲国法律，因曲某在甲国有住所
- B. 应适用中国法律，因曲某为中国籍
- C. 应适用乙国法律，因监护人李某为乙国籍
- D. 应适用与曲某有最密切联系的法律

11. (2002 - 1 - 95) ④ 中国人高某想要得到其具有美国国籍的儿子的赡养，要求人民法院给予支持。下列选项中哪些是正确的？

- A. 我国没有关于赡养的法律适用规范立法，故应驳回高某的起诉
- B. 我国没有关于赡养的法律适用规范立法，因此该案应适用我国法律
- C. 该案适用《民法通则》的规定来确定准据法
- D. 该案适用高某儿子的本国法，即美国法

12. (2003 - 1 - 64) ⑤ 按照我国《民法通则》及其司法解释的规定，父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养，应当适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。下列哪些国家可以视为与被扶养人有最密切联系的国家的法律？

- A. 扶养人和被扶养人的国籍国
- B. 扶养人和被扶养人的住所地国
- C. 扶养人和被扶养人的居所地国
- D. 供养被扶养人的财产所在地国

① BD。

② AC。

③ B。

④ C。

⑤ ABD。《民法通则》第 148 条规定：“扶养适用与被扶养人有最密切联系的国家的法律。”《民通意见》第 190 条规定：“父母子女相互之间的扶养、夫妻相互之间的扶养以及其他有扶养关系的人之间的扶养，应当适用与被扶养人有最密切联系国家的法律。扶养人和被扶养人的国籍、住所以及供养被扶养人的财产所在地，均可视为与被扶养人有最密切的关系。”因此正确答案是 ABD。



考点解析

1. 法定继承

在法定继承问题上，有同一制和区别制。我国采用了区别制，而1988年《死亡人遗产继承法律适用公约》是采用了同一制。

我国规定：中国公民继承在我国境外的遗产或者继承在我国境内的外国人的遗产，以及外国人继承在我国境内的遗产或者继承我国公民在中国境外的遗产，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。

2. 无人继承财产归属问题的法律适用

在我国境内死亡的外国人，遗留在我国境内的遗产，如果无人继承又无人受遗赠的，依照我国法律处理，两国缔结或者参加的国际条约另有规定的除外。

真题演练

1. (2003-1-62)<sup>①</sup> 王某系已取得美国国籍且在纽约有住所的华人，1996年2月回中国探亲期间病故于上海，未留遗嘱。王某在上海遗有1栋别墅和200万元人民币的存款，在美国纽约遗有1套公寓房、2家商店、3辆汽车、若干存款。王某在纽约没有亲属，其上海的亲属因继承王某遗产发生争议，诉至上海某人民法院。根据国家私法规则，我国法院应适用下列哪些法律审理这一案件？

- A. 在纽约州的财产适用纽约州法律
- B. 在上海的财产适用中国法律
- C. 遗产中的动产适用纽约州法律
- D. 遗产中的不动产适用不动产所在地法律

2. (2004-1-39)<sup>②</sup> 侨居甲国的中国公民田某在乙国旅行时遇车祸身亡。其生前在丙国某银行寄存有价值10万美元的股票、珠宝一批，在中国遗留有价值200万人民币的房产一处。田某在我国的父母要求继承这批股票和珠宝。我国与甲乙丙三国均无有关遗产继承的特别协议。依我国法律，前述股票和珠宝的继承应适用哪一国的法律？

- A. 中国法
- B. 甲国法
- C. 乙国法
- D. 丙国法

3. (2006-1-37)<sup>③</sup> 李某（具有中国国籍）长期居住在甲国，一年前移居乙国并取得当地住所。现李某去世而未立遗嘱。李某生前在中国有投资股权和银行存款。乙国关于法定继承的冲突规范规定：法定继承适用被继承人本国法律。现李某的丙国籍的儿子和女儿为继承李某在华的股权和存款发生争议，并诉诸中国法院。依照我国相关法律及司法解释，下列关于本案的法律适用哪项是正确的？

- A. 应适用乙国法律，因为李某去世时居住在乙国

① CD。  
② B。  
③ A。





- B. 应适用甲国法律，因为李某长期居住在甲国
- C. 应适用丙国法律，因为李某的儿子和女儿均具有丙国国籍
- D. 应适用中国法律，因为李某具有中国国籍，且争议的遗产位于中国

4. (四川 2008 - 1 - 40)<sup>①</sup> 关于涉外继承，根据我国法律和司法解释，下列哪一选项是正确的？

- A. 有关外国人继承在华遗产的争议，可由主要继承人所在地的法院管辖
- B. 有关华侨在中国境内的遗产继承纠纷，其遗产所在地的任何一个中国法院均可行使管辖权
- C. 有关外国人继承在华遗产的案件，中国法院可能适用外国的实体法律裁判
- D. 中国公民继承外国人在华的遗产，应一律适用中国法律

5. (2004 - 1 - 40)<sup>②</sup> 甲国人琼斯在我国工作期间不幸病故。琼斯在我国境内遗留有价值 300 万元人民币的财产，但未留遗嘱，亦无继承人。在这种情况下，琼斯遗留在我国的财产应依据什么法律处理？

- A. 依甲国法处理
- B. 依涉外继承的准据法处理
- C. 依中国法律处理，但中甲两国缔结或参加的国际条约另有规定的除外
- D. 交甲国驻华使领馆依甲国法处理

注意：这一专题可能会综合出题，如适用法院地的有离婚、优先权、海事赔偿限制、非同一船籍船舶在公海碰撞侵权、航空器在公海上空对水面第三人损害赔偿等。要注意总结。

6. (2002 - 1 - 97)<sup>③</sup> 我国民法通则明文规定在下列哪些涉外民事法律关系中应适用“最密切联系的国家的法律”？

- A. 合同
- B. 扶养
- C. 继承
- D. 物权

### 【本讲小结】

关于这一专题，可简单的归纳为以下十二个部分：

#### (1) 行为能力

公民民事：本国法 + 行为地；

法人：本国法（注册登记地法）。

#### (2) 不动产所有权适用不动产所在地法律。

(3) 合同意思自治（自由选择注意例外）；没有选择，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

(4) 侵权行为的损害，适用侵权行为地法律（侵权行为发生地和侵权行为结果地）。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律（中国不认为是侵权不作侵权处理）。

① C。

② C。

③ AB。



(5) 结婚适用婚姻缔结地法律，离婚适用受理案件的法院所在地法律。

(6) 外国人在华收养子女仍应重叠适用中国法和其所在国的法律。

(7) 监护适用被监护人的本国法律。但是，被监护人在我国境内有住所的，适用我国的法律。

(8) 扶养适用与被扶养人有最密切联系国家的法律（国籍、住所地、供养被扶养人财产所在地法律）。

(9) 遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律；无主遗产的处理，依照我国法律处理，两国缔结或者参加条约另有规定的除外。

#### (10) 票据

票据债务人的民事行为能力适用其本国法，若依本国法为无民事行为能力或限制行为能力，但依照行为地法律为完全民事行为能力，适用行为地法律。

汇票、本票出票时的记载事项适用出票地法律，支票适用出票地法律，经协商也可适用付款地法律。

票据的背书、承兑、付款、保证适用行为地法。

票据追索权的行使期限适用出票地法律。

票据的提示期限，有关拒绝证明的方式，出具拒绝证明的期限适用付款地法。

票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法。

#### (11) 海事

所有权的取得、转让和消灭、抵押权，适用船旗国法律。

船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间，设立船舶抵押权的，适用原船舶登记国的法律。

船舶碰撞，适用侵权行为地法（公海——法院地法，同一船籍——船旗国法）。

共同海损理算——理算地法律。

优先权，在公海上发生碰撞的损害赔偿，海事赔偿限制——法院地法。

#### (12) 航空器

所有权取得、转让、消灭、抵押权——航空器国籍登记国。

优先权——法院所在地。

航空运输合同当事人可以选择合同适用的法律；若没有选择——适用与合同有最密切联系国家的法律。

对地面第三人损害赔偿适用侵权行为地法律。

在公海上空对水面第三人损害赔偿，适用法院所在地法律。



# 第十三讲 国际民商事争议的解决

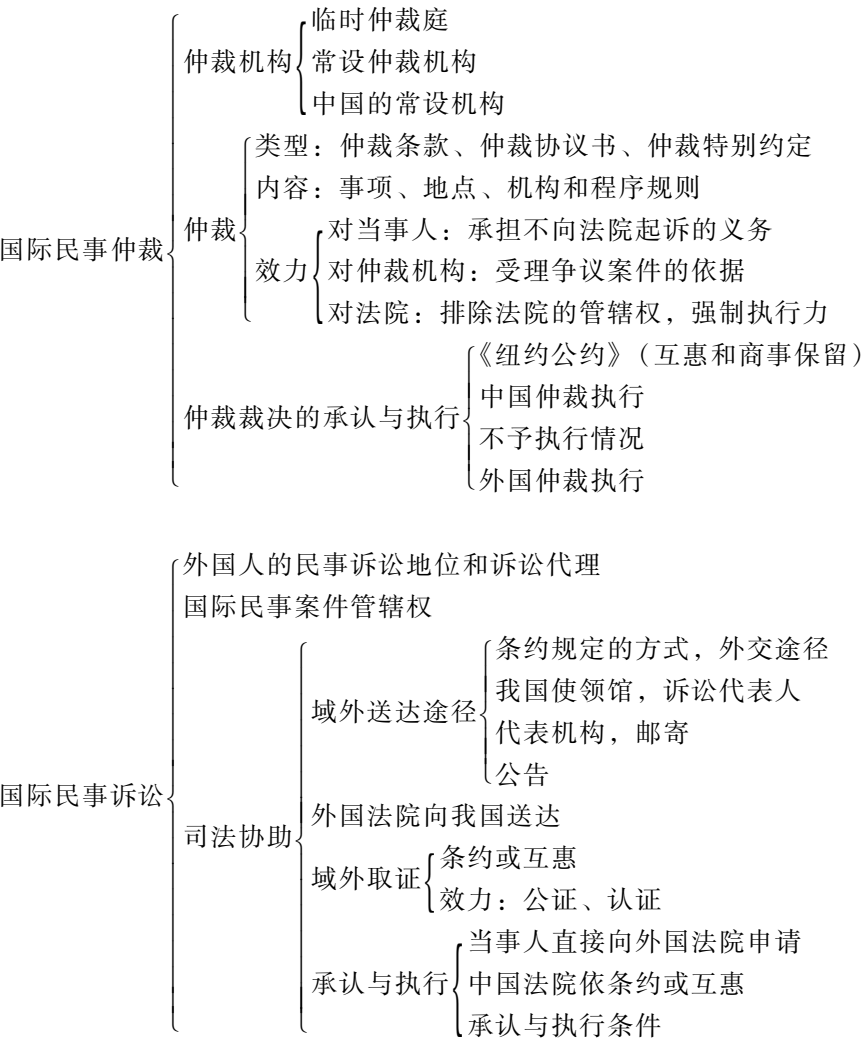
## 【本讲概要】

了解：协商、调解、仲裁与诉讼等国际民商事争议的解决方式和我国的相关法律规定。

理解：国际民商事争议解决方式的运作。

熟悉并能够运用：国际民事诉讼和国际商事仲裁。

## 【知识体系】



重点法条

《民事诉讼法》

第二百五十五条 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。

当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

第二百五十六条 当事人申请采取财产保全的，中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人的申请，提交被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院裁定。

第二百五十七条 经中华人民共和国涉外仲裁机构裁决的，当事人不得向人民法院起诉。一方当事人不履行仲裁裁决的，对方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请执行。

第二百五十八条 对中华人民共和国涉外仲裁机构作出的裁决，被申请人提出证据证明仲裁裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

- (一) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
- (二) 被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；
- (三) 仲裁庭的组成或者仲裁的程序与仲裁规则不符的；
- (四) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。

人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的，裁定不予执行。

第二百五十九条 仲裁裁决被人民法院裁定不予执行的，当事人可以根据双方达成的书面仲裁协议重新申请仲裁，也可以向人民法院起诉。

第二百六十七条 国外仲裁机构的裁决，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，应当由当事人直接向被执行人住所地或者其财产所在地的中级人民法院申请，人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则办理。

【关联法条】

《仲裁法解释》

第三条 仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。

第四条 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

第五条 仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

第六条 仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲



裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

第七条 当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在仲裁法第二十条第二款规定期间内提出异议的除外。

第十二条 当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地的中级人民法院管辖；仲裁协议约定的仲裁机构不明确的，由仲裁协议签订地或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

申请确认涉外仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的中级人民法院管辖。

涉及海事海商纠纷仲裁协议效力的案件，由仲裁协议约定的仲裁机构所在地、仲裁协议签订地、申请人或者被申请人住所地的海事法院管辖；上述地点没有海事法院的，由就近的海事法院管辖。

第十三条 依照仲裁法第二十条第二款的规定，当事人在仲裁庭首次开庭前没有对仲裁协议的效力提出异议，而后向人民法院申请确认仲裁协议无效的，人民法院不予受理。

仲裁机构对仲裁协议的效力作出决定后，当事人向人民法院申请确认仲裁协议效力或者申请撤销仲裁机构的决定的，人民法院不予受理。

第十四条 仲裁法第二十六条规定的“首次开庭”是指答辩期满后人民法院组织的第一次开庭审理，不包括审前程序中的各项活动。

第十五条 人民法院审理仲裁协议效力确认案件，应当组成合议庭进行审查，并询问当事人。

第十六条 对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的，适用法院地法律。

## 考点解析

### （一）我国对于涉外商事仲裁的规定

在我国，凡①仲裁协议的一方或双方当事人为外国人、无国籍人或外国企业或实体；②仲裁协议订立时双方当事人的住所或营业地位于不同的国家；③或者即使位于相同的国家，但仲裁地位于该国之外；④或者仲裁协议中涉及的商事法律关系的设立、变更或终止的法律事实发生在国外；⑤或者争议标的位于国外；⑥对涉及中国香港、澳门和台湾地区的仲裁案件，比照涉外案件处理。

关于商事，按照我国规定，指的是属于契约性和非契约性商事法律关系，但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。

### （二）国际常设仲裁机构

1. 国际的常设仲裁机构不属于任何特定的国家，而是依据有关的国际条约建立在一个国际组织或国际机构之下，用以处理国际商事争议的常设仲裁机构。例如：国际商会仲裁院、解决投资争端国际中心、美洲国家间商事仲裁委员会。

2. 国内的常设仲裁机构是根据一国国内立法设立在一国内的仲裁机构。例如：伦敦国际仲裁院、苏黎世商会仲裁院、美国仲裁协会、斯德哥尔摩商会仲裁院、中国香港国家





仲裁中心以及中国国际商会仲裁院和中国海事仲裁委员会。

3. 行业性的常设仲裁机构指附设于某一行业组织内专门受理其行业内部案件的仲裁机构。例如：英国伦敦谷物公会和伦敦橡胶交易所下面所设立的仲裁机构，荷兰咖啡贸易仲裁委员会等。

### （三）仲裁协议的有效性

1. 一项仲裁协议对当事人、仲裁机构和法院产生法律效力，其本身必须是有效的。对此，我国法律作出了如下规定：

（1）约定的仲裁事项超出法律规定的范围，仲裁协议无效；

（2）无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议，仲裁协议无效；

（3）一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议，仲裁协议无效；

（4）如果仲裁协议对仲裁事项和仲裁委员会的约定不明确，当事人可以补充协议，如果不能达成补充协议的，该仲裁协议无效。

2. 相关的司法解释具体规定有：

（1）仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确，但能够确定具体的仲裁机构的，应当认定选定了仲裁机构。

（2）仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则，视为未约定仲裁机构，但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。

（3）仲裁协议约定两个以上仲裁机构的，当事人可以选择在其中之一仲裁机构进行仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

（4）仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的，该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的，当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁；当事人不能就仲裁机构选择达成一致的，仲裁协议无效。

（5）当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的，仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁，另一方未在《仲裁法》第20条第2款规定期间内（当事人对仲裁协议的效力有异议，应当在仲裁庭首次开庭前提出）提出异议的除外。

### （四）仲裁协议效力的认定

1. 当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或请求法院作出裁定。一方请求仲裁委员会作出决定，另一方请求法院作出裁定的由法院裁定。

2. 如果仲裁机构先于法院接受申请并已就管辖权异议作出决定，法院不再受理当事人的申请。如果仲裁机构接受申请后尚未作出决定，法院应予受理，同时通知仲裁机构终止裁决。当事人对仲裁协议有异议的，应当在仲裁庭首次开庭前提出。

3. 凡起诉到法院的涉外、涉港澳和涉台经济、海事海商纠纷案件，如果当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成仲裁协议，法院认为该仲裁条款或仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的，在决定受理一方当事人起诉之前，必须报高级人民法院进行审查，如果高院同意受理，应报最高法院进行审查。在最高法院未作答复前，暂不予受理。

### （五）仲裁协议的法律适用

《仲裁法解释》第16条规定，对涉外仲裁协议的效力审查，适用当事人约定的法律；当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的，适用仲裁地法律；没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁约定不明的，适用法院地法律。



## （六）诉讼管辖权和仲裁管辖权

1. 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议，提交仲裁机构仲裁的，当事人不得向法院起诉。

2. 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

3. 当事人达成仲裁协议，一方向法院起诉未声明有仲裁协议，法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，法院应当驳回起诉，但仲裁协议无效的除外；另一方在首次开庭前未对法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，法院应当继续审理。

## （七）外国仲裁裁决的承认与执行（《纽约公约》）

1958 年的《承认及执行外国仲裁裁决》（又称《纽约公约》）是目前国际上关于承认与执行外国仲裁裁决的最主要的公约，我国于 1986 年加入了该公约，1987 年 4 月 22 日对我国生效。重点掌握承认与执行外国仲裁裁决的条件。公约的主要内容包括：

1. 缔约国相互承认仲裁裁决具有约束力。

2. 凡具有下列情形之一的，被请求国可拒绝承认与执行：

（1）签订仲裁协议的当事人，根据对他们适用的法律，当时是处于某种无民事行为能力的情况下；或者根据仲裁协议所选定的准据法无效，或在未选定准据法时依据裁决地法，该仲裁协议无效；

（2）被执行人未接到关于指派仲裁员或关于仲裁程序的适当通知，或者由于其他情况下未能在案件中进行申辩；

（3）裁决所处理的事项不是当事人交付仲裁的事项，或者不包括在仲裁协议规定之内，或者超出了仲裁协议的范围；

（4）仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人之间的协议不符，或者当事人之间没有这种协议时，与仲裁地所在国法律不符；

（5）裁决尚未发生法律效力，或者裁决已经由作出裁决的国家或根据其法律作出裁决的国家的主管机关撤销或停止执行。

（6）依照执行地的法律，争议事项不可以用仲裁的方式加以解决，如我国法律规定，婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷以及依法应当由行政机关处理的行政争议不能用仲裁的方式加以解决。

（7）承认与执行该裁决违反承认与执行地国的公共秩序。

3. 我国作了两点保留：一是互惠保留；二是商事保留。

## （八）我国涉外仲裁裁决在外国的执行和外国裁决在中国的执行

### 1. 我国涉外仲裁裁决在外国的执行

（1）如果该外国为 1958 年公约的缔约国，当事人应根据公约规定的程序和条件，直接向有管辖权的法院提出请求申请，由该外国法院决定是否承认与执行。

（2）如果该外国非 1958 年公约的缔约国，当事人应直接向有管辖权的法院提出请求申请，由该外国法院根据有关司法协助条约或其本国法律决定是否承认与执行。

《民事诉讼法》第 264 条规定，中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力的仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。





## 2. 外国仲裁裁决在我国的承认与执行

由当事人直接向被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院提出申请，法院依照我国参加或缔结的条约，或按照互惠原则办理。

另外，要注意的是，根据有关规定，在裁定不予执行或者拒绝承认和执行之前，必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查；如果高级人民法院同意不予执行或者拒绝承认和执行，应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后，方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行（对于拒绝裁定，须层层上报到最高法院）。

## 3. 申请撤销仲裁裁决

对于中国的涉外仲裁裁决，当事人可以按照《仲裁法》第59条，在收到裁决书之日起6个月内，向仲裁机构所在地的中级人民法院申请撤销。

可以撤销的情形如下：

- (1) 当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；
  - (2) 被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知，或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的；
  - (3) 仲裁庭的组成或者仲裁程序与仲裁规则不符的；
  - (4) 裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；
- 在作出撤销仲裁裁决之前，仍需要层层上报到最高法院。

对于人民法院撤销仲裁裁决或驳回当事人申请的裁定，当事人无权提出上诉及申诉，人民检察院也不能提起抗诉。

## (九) 仲裁程序中的财产保全与证据保全

仲裁委员会应当将当事人申请财产保全的请求提交被申请人住所地或财产所在地的中级人民法院作出裁定。人民法院可以进行审查，决定是否进行保全。裁定财产保全的，应当责令申请人提供担保，申请人不提供担保的，裁定驳回申请。

涉外仲裁的当事人申请证据保全的，涉外仲裁委员会应当将申请人的申请提交证据所在地的中级人民法院。

### 真题演练

1. (2002-1-96)<sup>①</sup> 下列哪些机构是国际性的常设仲裁机构？
  - A. 美国仲裁协会
  - B. 中国香港国际仲裁中心
  - C. 国际商会仲裁院
  - D. 解决投资争端国际中心
2. (2005-1-36)<sup>②</sup> 中国公司与新加坡公司协议将其货物买卖纠纷提交设在中国某直辖市的仲裁委员会仲裁。经审理，仲裁庭裁决中国公司败诉。中国公司试图通过法院撤销该仲裁裁决。据此，下列选项中哪一项是正确的？
  - A. 中国公司可以向该市高级人民法院提出撤销仲裁裁决的申请
  - B. 人民法院可依“裁决所根据的证据不充分”这一理由撤销该裁决
  - C. 如有权受理该撤销仲裁裁决请求的法院做出了驳回该请求的裁定，中国公司可以对该裁定提起上诉

① CD。

② D。





D. 受理该请求的法院在裁定撤销该仲裁裁决前须报上一级人民法院审查

3. (2006-1-38)<sup>①</sup> 我国 G 公司与荷兰 H 公司正就签订一项商务合同进行谈判。针对该合同可能产生的争议, H 公司提出, 如发生争议应尽量协商调解解决, 不成再提请仲裁或进行诉讼。在决定如何回应此方案之前, G 公司向其律师请教。该律师关于涉外民商事纠纷调解的下列哪一表述是错误的?

A. 调解是有第三人介入的争议解决方式

B. 当事人双方在调解人的斡旋下达成的和解协议不具有强制执行的效力

C. 在涉外仲裁程序中进行的调解, 仲裁庭无须先行确定双方当事人对调解的一致同意即可直接主持调解

D. 在涉外诉讼中, 法官也可以对有关纠纷进行调解

4. (2006-1-80)<sup>②</sup> 关于我国涉外仲裁法律规则, 下列哪些表述不符合我国《仲裁法》的规定?

A. 只要是有关当事人可以自由处分的权利的纠纷, 就可以通过仲裁解决

B. 如果当事人有协议约定, 仲裁案件可以不开庭审理

C. 仲裁庭在中国内地进行仲裁时, 无权对当事人就仲裁协议有效性提出的异议作出决定

D. 由三人组成仲裁庭审理的案件, 裁决有可能根据一个仲裁员的意见作出

5. (2007-1-39)<sup>③</sup> 中国 A 公司与德国 B 公司因双方合同中仲裁条款的效力问题在我国涉诉。双方在合同中约定仲裁机构为位于巴黎的国际商会仲裁院, 仲裁地为斯德哥尔摩, 但对该仲裁条款应适用的法律未作约定。依我国现行司法解释, 我国法院审查该仲裁条款效力时, 应适用下列哪国的法律?

A. 瑞典的法律

B. 法国的法律

C. 中国的法律

D. 德国的法律

6. (2007-1-82)<sup>④</sup> 我国甲公司与瑞士乙公司订立仲裁协议, 约定由某地仲裁机构仲裁, 但约定的仲裁机构名称不准确。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国民事诉讼法》的解释, 下列哪些选项是正确的?

A. 仲裁机构名称不准确, 但能确定具体的仲裁机构的, 应认定选定了仲裁机构

B. 如仲裁协议约定的仲裁地仅有一个仲裁机构, 该仲裁机构应视为约定的仲裁机构

C. 如仲裁协议约定的仲裁地有两个仲裁机构, 成立较早的仲裁机构应视为约定的仲裁机构

D. 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的, 不得视为约定了仲裁机构

7. (2008-1-38)<sup>⑤</sup> 关于仲裁裁决的撤销, 根据我国现行法律, 下列哪一选项是正确的?

A. 我国法院可根据我国法律撤销一项外国仲裁裁决

B. 我国法院撤销涉外仲裁裁决的法定理由之一是裁决事项超出仲裁协议范围

① C。

② AC。

③ A。

④ AB。

⑤ B。

C. 撤销涉外仲裁裁决的法定理由和撤销国内仲裁裁决的法定理由相同

D. 对法院作出的不予执行仲裁裁决的裁定，当事人无权上诉

8. (四川 2008 - 1 - 37)<sup>①</sup> 有关国际商事仲裁过程中采取保全措施的问题，各国的法律和实践存在明显差异。依照我国现行法律在我国境内进行仲裁时，下列哪一选项是正确的？

A. 仲裁机构可以根据当事人的申请采取财产保全措施

B. 仲裁庭可以根据当事人的申请，指令一方当事人及时出售将会腐烂的作为争议标的的水果

C. 仲裁机构不能自行采取证据保全措施

D. 仲裁庭应将一方当事人关于冻结另一方当事人银行账户的申请直接转交给法院处理

9. (四川 2008 - 1 - 99)<sup>②</sup> 为提高对涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的裁判的一致性，最高人民法院建立了相关的法院内部报告制度。根据该制度，下列表述正确的是：

A. 受诉法院如决定拒绝执行一项外国仲裁裁决，应在作出相关裁定前依该制度履行上报手续；拒绝执行外国仲裁裁决的决定权由最高人民法院行使

B. 受诉法院如决定执行一项外国仲裁裁决，则无须依该制度履行上报手续

C. 该制度适用于对涉外仲裁裁决的撤销和重新仲裁的情形

D. 该制度适用于认定涉及中国港澳台台合同中的仲裁条款无效的情形

10. (2009 - 1 - 38)<sup>③</sup> 某国甲公司与中国乙公司订立买卖合同，概括性地约定有关争议由“中国贸仲”仲裁，也可以向法院起诉。后双方因违约责任产生争议。关于该争议的解决，依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？

A. 违约责任不属于可仲裁的范围

B. 应认定合同已确定了仲裁机构

C. 仲裁协议因约定不明而在任何情况下无效

D. 如某国甲公司不服仲裁机构对仲裁协议效力作出的决定，向我国法院申请确认协议效力，我国法院可以受理

## 考点二 国际民事诉讼

### 重点法条

#### 《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》

为正确审理涉外民商事案件，依法保护中外当事人的合法权益，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第十九条的规定，现将有关涉外民商事案件诉讼管辖的问题规定如下：

第一条 第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖：

(一) 国务院批准设立的经济技术开发区人民法院；

(二) 省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院；

① C。

② ABCD。

③ B。





- (三) 经济特区、计划单列市中级人民法院；
- (四) 最高人民法院指定的其他中级人民法院；
- (五) 高级人民法院。

上述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。

**第二条** 对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的，其第二审由所在地中级人民法院管辖。

**第三条** 本规定适用于下列案件：

- (一) 涉外合同和侵权纠纷案件；
- (二) 信用证纠纷案件；
- (三) 申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；
- (四) 审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；
- (五) 申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。

**第四条** 发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件，涉外房地产案件和涉外知识产权案件，不适用本规定。

**第五条** 涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖，参照本规定处理。

### 【关联法条】

#### 《民事诉讼法》

**第二百三十六条** 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用该国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

**第二百三十七条** 对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼，应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。

**第二百三十八条** 人民法院审理涉外民事案件，应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。当事人要求提供翻译的，可以提供，费用由当事人承担。

**第二百三十九条** 外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。

**第二百四十条** 在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼，从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书，应当经所在国公证机关证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆认证，或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后，才具有效力。

**第二百四十一条** 因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，如果合同在中华人民共和国领域内签订或者履行，或者诉讼标的物在中华人民共和国领域内，或者被告在中华人民共和国领域内有可供扣押的财产，或者被告在中华人民共和国领域内设有代表机构，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物所在地、可供扣押财产所在地、侵权行为地或者代表机构住所地人民法院管辖。

**第二百四十二条** 涉外合同或者涉外财产权益纠纷的当事人，可以用书面协议选择与争议有实际联系的地点的法院管辖。选择中华人民共和国人民法院管辖的，不得违反本法关于级别管辖和专属管辖的规定。

**第二百四十三条** 涉外民事诉讼的被告对人民法院管辖不提出异议，并应诉答辩的，

视为承认该人民法院为有管辖权的法院。

第二百四十四条 因在中华人民共和国履行中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生纠纷提起的诉讼，由中华人民共和国人民法院管辖。

第二百四十五条 人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：

（一）依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达；

（二）通过外交途径送达；

（三）对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；

（四）向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；

（五）向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

（六）受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；

（七）不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

### 考点解析

重点掌握我国关于国际民事案件管辖权和国际司法协助的规定。

#### （一）外国人的民事诉讼地位和诉讼代理

国民待遇原则是有关外国人民事诉讼地位的一般原则。我国采取的是以对等为条件的国民待遇原则。一方面，外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国法院起诉、应诉，同我国公民、法人和其他组织有同等的权利和义务。另一方面，外国法院对我国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的，我国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利，实行对等原则。

外国人在我国法院参与诉讼时，可以：

（1）亲自进行；

（2）委托我国律师或其他公民代为进行；

（3）委托其本国人为诉讼代理人；

（4）委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人；

（5）委托其本国驻华使领馆以个人名义担任诉讼代理人；

（6）领事代理。

我国法院在审理民事案件时，应使用我国通用的语言、文字，当事人要求翻译的可以提供，但费用由当事人自己负担。

#### （二）国际民事案件管辖权

##### 1. 普遍地域管辖，即原告就被告原则

（1）凡是涉外民事案件中的被告住所地在我国，我国法院就有管辖权。

（2）如果被告的住所地与经常居住地不一致，只要其经常居住地在我国领域内，我国





法院就有管辖权。

(3) 以上被告包括自然人、法人和其他组织。自然人的住所地指户籍所在地，经常居住地指公民离开其住所至起诉时连续居住1年以上的地方。法人的住所地指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。

## 2. 特别地域管辖

对于在我国领域内没有住所的被告提起的有关合同或财产权益纠纷，如果合同在我国领域内签订或履行，或诉讼标的物在我国领域内，或被告在我国有可供扣押的财产，或被告在我国领域内设有代表机构，则合同签订地、合同履行地、标的物所在地、可供扣押的财产所在地、侵权行为地或代表机构所在地法院均可以行使管辖权。

## 3. 专属管辖

(1) 因不动产提起的诉讼，由不动产所在地法院管辖；

(2) 因港口作业中发生的纠纷，由港口所在地法院管辖；

(3) 因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时的住所地或者主要遗产所在地法院管辖；

(4) 因在我国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生的纠纷提起的诉讼，我国法院有管辖权。

属于专属管辖的案件，当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖，但协议选择仲裁裁决的除外。

## 4. 协议管辖

当事人对涉外合同或涉外财产权可以用书面选择有实际联系的法院管辖，但不得违背我国法律有关级别管辖和专属管辖的规定。

## 5. 默示接受管辖或推定管辖

涉外民事诉讼的被告对我国法院的管辖权不提出异议的，并应诉答辩的，视为承认我国法院有管辖权。

## 6. 遵守国际公约的规定

目前我国参加的涉及管辖权的条约主要有《统一国际航空运输某些规则的条约》和《国际油污损害民事责任公约》等。如果我国法律规定与公约规定不同，除我国声明保留的除外，应优先适用公约的规定。

## 7. 集中管辖

根据《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》第3条，适用集中管辖的案件有：①涉外合同和侵权纠纷案件；②信用证纠纷案件；③申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件；④审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件；⑤申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。第4条规定，发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件，涉外房地产案件和涉外知识产权案件，不适用集中管辖。

## 8. 海事法院专属管辖

根据《海事诉讼特别程序法》第7条的规定，下列海事诉讼，由本条规定的海事法院专属管辖：①因沿海港口作业纠纷提起的诉讼，由港口所在地海事法院管辖；②因船舶排放、泄漏、倾倒油类或者其他有害物质，海上生产、作业或者拆船、修船作业造成海域污染损害提起的诉讼，由污染发生地、损害结果地或者采取预防污染措施地海事法院管辖；③因在中华人民共和国领域和有管辖权的海域履行的海洋勘探开发合同纠纷提起的诉讼，





由合同履行地海事法院管辖。第8条规定,海事纠纷的当事人都是外国人、无国籍人、外国企业或者组织,当事人书面协议选择中华人民共和国海事法院管辖的,即使与纠纷有实际联系的地点不在中华人民共和国领域内,中华人民共和国海事法院对该纠纷也具有管辖权。

注意:对于涉外海事纠纷,当事人可以书面协议选择与纠纷无实际联系的海事法院进行管辖。但是对于涉外合同或涉外财产权纠纷,当事人选择的法院必须与纠纷有实际联系。

### (三)《最高人民法院关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》

凡以下列在中国享有特权与豁免的主体为被告、第三人向人民法院起诉的民事案件,人民法院应在决定受理之前,报请本辖区高级人民法院审查;高级人民法院同意受理的,应当将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院答复前,一律暂不受理:

- (1) 外国国家;
- (2) 外国驻中国使馆和使馆人员;
- (3) 外国驻中国领馆和领馆成员;
- (4) 途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女;
- (5) 途经中国的外国驻第三国的领事官员和与其共同生活的配偶及未成年子女;
- (6) 持有中国外交签证或者持有外交护照(仅限互免签证的国家)来中国的外国官员;
- (7) 持有中国外交签证或者持有与中国互免签证国家外交护照的领事官员;
- (8) 来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员;
- (9) 来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表;
- (10) 临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家;
- (11) 联合国系统组织驻中国的代表机构和人员;
- (12) 其他在中国享有特权与豁免的主体。

总结,对于人民法院决定受理被告、第三人为在华享有特权和豁免的主体的案件,需要内部逐级上报,除此之外,需要逐级上报的情况有:①认定涉外(包括港澳台)民商事仲裁协议或条款无效或不能执行案件;②不予执行涉外或外国民商事仲裁裁决案件;③撤销或重新仲裁涉外仲裁裁决案件。

### 真题演练

1. (1999-1-60)<sup>①</sup> 依据我国法律的规定,在下列选项中,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖的案件有哪些?

- A. 在中国履行的中外合资经营企业合同纠纷
- B. 在中国签定的国际货物买卖合同纠纷
- C. 接受外国公司技术转让的合同纠纷
- D. 因处于我国的不动产而发生的所有权纠纷

2. (2000-1-71)<sup>②</sup> 根据我国《民事诉讼法》的有关规定,对于在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起违约之诉,下列哪些人民法院可以行使管辖权?

① AD。

② ABD。





A. 合同订立地人民法院

B. 合同履行地人民法院

C. 与合同有最密切联系地人民法院

D. 诉讼标的物所在地人民法院

3. (2002-1-19)<sup>①</sup> 英国凯英公司与我国贝华公司签订合同在我国共同投资建立中外合资经营企业。如果凯英公司与贝华公司之间就此合同发生争议, 提起诉讼。依照我国法律规定, 下列表述中哪一说法是正确的?

A. 可以在英国诉讼

B. 必须在中国诉讼

C. 如果双方当事人在合同中选择英国管辖, 我国法院就没有管辖权

D. 如果双方当事人在合同中选择第三国管辖, 我国法院就没有管辖权

4. (2002-1-65)<sup>②</sup> 朴某为韩国人, 现在我国某市中级人民法院因民事纠纷涉诉。可以成为朴某诉讼代理人的有哪些?

A. 韩国公民

B. 以律师身份接受朴某委托的韩国律师

C. 中国律师

D. 中国公民

5. (2003-1-63)<sup>③</sup> 荷兰人迈克在中国工作期间被一同事过失伤害。因双方就损害赔偿标准达不成协议, 迈克向工作所在地某人民法院提起诉讼, 他可以委托下列哪些人为其诉讼代理人?

A. 荷兰人

B. 以律师身份担任诉讼代理人的荷兰律师

C. 以非律师身份担任诉讼代理人的荷兰律师

D. 以个人名义出任诉讼代理人的荷兰驻华使领馆官员

6. (2005-1-83)<sup>④</sup> 根据我国《民事诉讼法》及相关司法解释的规定, 在涉外民事诉讼中, 外国当事人可以委托下列哪些人作为其诉讼代理人?

A. 中国律师

B. 中国公民

C. 其本国驻华使、领馆官员

D. 其本国公民

7. (2006-1-36)<sup>⑤</sup> 依照我国现行法律规定及司法解释, 下列哪项判断是正确的?

A. 对于在我国境内没有住所的外国被告提起涉外侵权诉讼, 只有该侵权行为实施地在我国境内时, 其所属辖区的中级人民法院才可以对该侵权诉讼行使管辖权

B. 我国法院可以根据当事人选择我国法院的书面协议对涉外民事诉讼行使管辖权

C. 对原本无权管辖的涉外民事诉讼, 只要该诉讼的被告前来出庭应诉, 我国法院就可以对其行使管辖权

D. 因在中国履行中外合资经营合同发生的纠纷, 当事人只能向中国法院提起诉讼

8. (2007-1-38)<sup>⑥</sup> 国际海上运输合同的当事人在合同中选定我国某法院作为解决

① B。

② ACD。

③ ACD。

④ ABCD。

⑤ B。

⑥ C。



可能发生的纠纷的法院。关于此，下列哪一选项是错误的？

- A. 该协议不得违反我国有关级别管辖和专属管辖的规定
- B. 当事人可以在纠纷发生前协议选择我国法院管辖
- C. 如与该合同纠纷有实际联系的地点不在我国领域内，我国法院无权依该协议对纠纷进行管辖
- D. 涉外合同或涉外财产权益纠纷的当事人可以选择管辖法院

9. (2007 - 1 - 94)<sup>①</sup> 《最高人民法院关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》中，明确了涉外民商事案件的诉讼管辖权限和范围，也规定了例外的情况。不适用上述《规定》进行集中管辖的涉外案件是：

- A. 涉外房地产案件
- B. 边境贸易纠纷案件
- C. 强制执行国际仲裁裁决案件
- D. 信用证纠纷案件

10. (2008 - 1 - 39)<sup>②</sup> 普拉克是外国公民，在一起由中国法院审理的涉外侵权案件中为原告。普拉克请求使用其本国语言进行诉讼。关于中国法院对该请求的处理，下列哪一选项是正确的？

- A. 尊重普拉克的这一请求，使用其本国的语言进行案件的审理
- B. 驳回普拉克的这一请求，使用中文进行案件的审理，告知由其自行解决翻译问题
- C. 驳回普拉克的这一请求，以中文进行案件的审理，但在其要求并承担费用的情况下，应为其提供翻译
- D. 驳回普拉克的这一请求，使用中文进行案件的审理，但可为其提供免费翻译

11. (2008 - 1 - 99)<sup>③</sup> 依据现行的司法解释，我国法院受理对在我国享有特权与豁免的主体起诉的民事案件，须按法院内部报告制度，报请最高人民法院批准。为此，下列表述正确的是：

- A. 在我国享有特权与豁免的主体若为民事案件中的第三人，该报告制度不适用
- B. 若在我国享有特权与豁免的主体在我国从事商业活动，则对其作为被告的民事案件的受理无须适用上述报告制度
- C. 对外国驻华使馆的外交官作为原告的民事案件，其受理不适用上述报告制度
- D. 若被告是临时来华的联合国官员，则对其作为被告的有关的民事案件的受理不适用上述报告制度

12. (四川 2008 - 1 - 38)<sup>④</sup> 在涉外民事诉讼中，管辖权是首要的问题。根据我国现行法律和司法解释，关于涉外管辖权，下列哪一选项是正确的？

- A. 在涉外民事案件中，中国法院不得根据原告的住所地行使管辖权
- B. 被告可以通过自己的行为接受中国法院的管辖
- C. 双方当事人均无法同意由对方国家的法院管辖的，可采用书面协议选择与争议没有实际联系的第三国法院管辖
- D. 当事人将争议诉诸法院的权利在任何情况下均不可剥夺

① AB。  
② C。  
③ C。  
④ B。

重点法条

《民事诉讼法》

第二百六十条 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求，代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。

外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予执行。

第二百六十一条 请求和提供司法协助，应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。

外国驻中华人民共和国的使领馆可以向该国公民送达文书和调查取证，但不得违反中华人民共和国的法律，并不得采取强制措施。

除前款规定的情况外，未经中华人民共和国主管机关准许，任何外国机关或者个人不得在中华人民共和国领域内送达文书、调查取证。

第二百六十二条 外国法院请求人民法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有中文译本或者国际条约规定的其他文字文本。

人民法院请求外国法院提供司法协助的请求书及其所附文件，应当附有该国文字译本或者国际条约规定的其他文字文本。

第二百六十三条 人民法院提供司法协助，依照中华人民共和国法律规定的程序进行。外国法院请求采用特殊方式的，也可以按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的特殊方式不得违反中华人民共和国法律。

第二百六十四条 人民法院作出的发生法律效力判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

中华人民共和国涉外仲裁机构作出的发生法律效力仲裁裁决，当事人请求执行的，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，应当由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行。

第二百六十五条 外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。

第二百六十六条 人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力判决、裁定，依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则进行审查后，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，裁定承认其效力，需要执行的，发出执行令，依照本法的有关规定执行。违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。



我国法律规定的国际司法协助是指送达司法文书、代为询问证人、调查取证以及外国法院判决和外国仲裁裁决的承认与执行。

### (一) 司法协助的途径

(1) 外交途径。请求国司法机关——→本国外交部——→被请求国外交代表——→被请求国主管司法机关

(2) 使领馆途径。请求国司法机关——→本国驻被请求国使领馆——→被请求国主管司法机关

(3) 法院途径。请求国法院——→被请求国法院

(4) 中央机关途径。请求国司法机关——→本国中央机关——→被请求国中央机关——→被请求国司法机关

我国在对外司法协助条约中多指定司法部为中央机关。

我国在司法协助方面参加的国际公约有：《承认及执行外国仲裁裁决公约》、《关于向国外送达民事或商事诉讼文书和非诉讼文书公约》和《关于从国外调取民事或商事证据的公约》。我国《民事诉讼法》以及一系列的司法解释对此问题也进行了规定。

根据我国法律和我国缔结的条约，对外国提出的司法请求，应当根据我国缔结或参加的国际条约所规定的途径进行；没有条约关系的，通过外交途径进行。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第319条规定，与我国既无条约关系又无互惠关系的国家的法院，未通过外交途径，直接请求我国法院司法协助的，我国法院应予退回，并说明理由。外国驻我国使领馆可以向其本国公民送达文书和调查取证，但不得违反我国法律，并不得采取强制措施。我国规定提供司法协助的程序按照我国的法律进行，不适用外国法中关于程序问题的规定。外国法院请求采用特殊方式进行的，也可以按照其请求的特殊方式进行，但请求采用的方式不得违反我国的法律。

### (二) 域外送达

我国《民事诉讼法》第245条规定，我国法院对于在我国领域内没有住所的当事人送达文书可以采用下列方式：

(1) 我国缔结或参加的国际条约规定的方式；

(2) 通过外交途径送达；

(3) 委托我国驻受送达人所在国的使领馆向我国公民送达；

(4) 向受送达人委托的有权代表接受送达的诉讼代理人送达；

(5) 向受送达人在我国领域内设立的代表机构或有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；

(6) 受送达人所在国允许邮寄送达的，可以邮寄送达。邮寄送达时应附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。自邮寄之日起满6个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为不能用邮寄方式送达。

(7) 不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满6个月，即视为送达。

外国法院向在我国的受送达人送达，应当根据该国与我国缔结或共同参加的条约所规定的途径送达；没有条约关系的，按外交途径送达；外国驻我国使领馆可以向其本国公民





送达文书，但不得违反我国法律，并不得采取强制措施。

我国1991年加入《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》。为此，1992年最高人民法院、外交部、司法部发布关于执行《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》有关程序的通知。其中规定：一、凡公约成员国驻华使、领馆转送该国法院或其他机关请求我国送达的民事或商事司法文书，应直接送交司法部，由司法部转递给最高人民法院，再由最高人民法院交有关人民法院送达给当事人。送达证明由有关人民法院交最高人民法院退司法部，再由司法部送交该国驻华使、领馆。二、凡公约成员国有权送交文书的主管当局或司法助理人员直接送交司法部请求我国送达的民事或商事司法文书，由司法部转递给最高人民法院，再由最高人民法院交有关人民法院送达给当事人。送达证明由有关人民法院交最高人民法院退司法部，再由司法部送交该国主管当局或司法助理人员。三、对公约成员国驻华使、领馆直接向其在华的本国公民送达民事或商事司法文书，如不违反我国法律，可不表示异议。四、我国法院若请求公约成员国向该国公民或第三国公民或无国籍人送达民事或商事司法文书，有关中级人民法院或专门人民法院应将请求书和所送司法文书送有关高级人民法院转最高人民法院，由最高人民法院送司法部转送给该国指定的中央机关；必要时，也可由最高人民法院送我国驻该国使馆转送给该国指定的中央机关。五、我国法院欲向在公约成员国的中国公民送达民事或商事司法文书，可委托我国驻该国的使、领馆代为送达。委托书和所送司法文书应由有关中级人民法院或专门人民法院送有关高级人民法院转最高人民法院，由最高人民法院径送或经司法部转送我国驻该国使、领馆送达给当事人。送达证明按原途径退有关法院。

另外，公约规定，如果送达请求书符合公约的规定，则文书发往国只在其认为执行请求将损害其主权或安全时才可拒绝执行。一国不得仅根据下列理由拒绝执行，即：依其国内法，该国主张对该项诉讼标的专属管辖权，或其国内法不允许进行该项申请所依据的诉讼。对未附中文译本而附英、法文译本的文书，法院仍应予以送达。除双边条约中规定英、法文译本为可接受文字者外，受送达人有权以未附中文译本为由拒收。不管文书中确定的出庭日期是否已过，均应送达。

2006年8月22日起实行的最高人民法院《涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》（以下简称《涉外送达规定》）对域外送达做了进一步的补充，主要内容如下：

### 1. 适用范围

人民法院受理的涉外民事或商事案件需向在我国领域内没有住所的受送达人送达司法文书的情形。

### 2. 送达方式

（1）作为受送达人的法定代表人，主要负责人在我国领域内出现时，人民法院可以向其直接送达。

（2）除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外，人民法院可以向诉讼代理人送达。

（3）人民法院可以向设在我国领域内的代表机构送达，但对于分支机构和业务代办人，必须经过受送达人授权。

（4）如果与我国有司法协助协定，同时也是《海牙送达公约》的成员国，司法协助协定优先。

（5）人民法院可以通过传真、电邮等能够确认收悉的其他适当方式向受送达人送达。





### 3. 是否送达的认定

- (1) 不能用上述方式送达的，可以公告送达，自公告之日起满6个月，即视为送达；
- (2) 人民法院向受送达人在中华人民共和国领域内的法定代表人、主要负责人、诉讼代理人、代表机构以及有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书，可以适用留置送达的方式。
- (3) 合法送达：受送达人书面向人民法院提起内容，或者受送达人已经按照文书内容履行。

### (三) 域外取证

域外取证的方式有以下四种。

#### 1. 代为取证

代为取证是指一国受理案件的司法机关向证据所在地国的司法机关提出请求，由后者代为进行取证。

我国1997年参加了《关于从国外获取民事或商事证据的公约》，其中规定，在民事或商事案件中，每一缔约国的司法机关可以根据该国的法律规定，通过请求书的方式，请求另一缔约国主管机关调取证据或履行某些其他司法行为。具体如下：

(1) 在民事或商事案件中，一国的司法机关可以根据该国的法律规定，通过请求书的方式，请求另一国主管机关调取证据或履行某些其他司法行为。

(2) 请求书应直接送交执行国中央机关，无需通过该国任何其他机关转交。我国指定的中央机关是司法部。

(3) 请求书应以被请求执行机关的文字做成或附该种文字的译文。

(4) 拒绝执行请求书的理由：在执行国，该请求书的执行不属于司法机关的职权范围；或被请求国认为，请求书的执行将会损害其主权和安全。

(5) 协助方原则上不向请求方收费，特殊费用由请求方负担。

#### 2. 领事取证

驻外国的外交官员或领事代表在该外国境内其执行职务的区域内，可以向本国国民调查取证，但不得违犯当地的法律，也不得采取强制措施。

#### 3. 特派员取证

由法院授权的“特派员”在不能采取强制措施的情况下，在国外询问证人，调查和收集证据，再转交给委派法院。我国原则上不允许外国特派员在我国境内取证，但在特殊情况下可特许外国特派员在我国境内取证。

#### 4. 当事人或诉讼代理人自行取证

这种方式普通法系国家采用较多。我国规定，未经我国主管机关准许，任何外国当事人或其诉讼代理人都不得在我国境内自行取证。同理，我国当事人或其诉讼代理人也不得直接请求外国司法机关调取证据，必须通过司法部向外国司法机关转交请求书请求调取证据。

对于在我国域外形成的证据的效力，根据2002年4月起施行的《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第11条的规定，在域外形成的证据，应当经所在国公证机关予以证明，并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证或履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向法院提供外文书证或者外文说明资料，应当附有中文译本。

### (四) 外国法院判决的承认与执行

关于承认和执行外国法院判决的问题，我国《民事诉讼法》分别对执行的途径、条





件、方式、拒绝承认于执行的条件等进行了规定。

### 1. 中国法院的判决在外国的承认与执行

《民事诉讼法》第264条第1款规定，人民法院作出的发生法律效力判决、裁定，如果被执行人或者其财产不在中华人民共和国领域内，当事人请求执行的，可以由当事人直接向有管辖权的外国法院申请承认和执行，也可以由人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求外国法院承认和执行。

### 2. 外国法院的判决在中国的承认与执行

《民事诉讼法》第265条规定，外国法院的判决需要中华人民共和国人民法院承认和执行的，可以由当事人直接向中华人民共和国有管辖权的中级人民法院申请承认和执行，也可以由外国法院依照该国与中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定，或者按照互惠原则，请求人民法院承认和执行。对外国法院判决效力的承认，我国采取裁定方式。

**3. 承认与执行外国法院判决的条件。**依照我国民事诉讼法的规定，外国法院的判决在我国得到承认和执行的条件包括：

- (1) 该国与我国存在条约关系或互惠关系；
- (2) 该判决在请求国已发生法律效力；
- (3) 不违背中国的社会公共秩序；
- (4) 审判程序公正。

对于经审查不符合上述条件的外国判决，将拒绝承认与执行。

对于与我国既无条约关系也不存在互惠关系国家的判决不予承认与执行（注意：不是驳回当事人的申请），在这种情况下，当事人可以向我国法院起诉，由有管辖权的法院作出判决并予以执行。

### 4. 中国有关承认与执行外国法院离婚判决的规定

自2000年3月1日起施行的《最高人民法院关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》，主要内容如下：

(1) 中国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决，人民法院不应以其未在国内缔结婚姻关系而拒绝受理；中国公民申请承认外国法院在其缺席情况下作出的离婚判决，应同时向人民法院提交作出该判决的外国法院已合法传唤其出庭的有关证明文件。

(2) 外国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决，如果其离婚的原配偶是中国公民的，人民法院应予受理；如果其离婚的原配偶是外国公民的，人民法院不予受理，但可告知其直接向婚姻登记机关申请再婚登记。

(3) 当事人向人民法院申请承认外国法院离婚调解书效力的，人民法院应予受理，并根据《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行审查，作出承认或不予承认的裁定。

1991年最高人民法院印发《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》的主要内容如下：

(1) 受理的法院。申请由申请人住所地中级人民法院受理。申请人住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地中级人民法院受理。申请人不在国内的，由申请人原国内住所地中级人民法院受理。

(2) 不予承认的情况。外国法院的离婚判决具有下列情形之一的，不予承认：

- ① 判决尚未发生法律效力；



② 作出判决的外国法院对案件没有管辖权；

③ 判决是在被告缺席且未得到合法传唤情况下作出的；

④ 该当事人之间的离婚案件，我国法院正在审理或已作出判决，或者第三国法院对该当事人之间作出的离婚案件判决已为我国法院所承认；

⑤ 判决违反我国法律的基本原则或者危害我国国家主权、安全和社会公共利益。

(3) 适用范围。对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，中国籍当事人可以根据本规定向人民法院申请承认该外国法院的离婚判决。对与我国有司法协助协议的外国法院作出的离婚判决，按照协议的规定申请承认。外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行，不适用该规定。

(4) 申请执行对当事人的效力。人民法院受理承认外国法院离婚判决的申请后，对方当事人向人民法院起诉离婚的，人民法院不予受理。当事人之间的婚姻虽经外国法院判决，但未向人民法院申请承认的，不妨碍当事人一方另行向人民法院提出离婚诉讼。

### (五) 外资非正常撤离中方相关利益方跨国追究与诉讼工作指引

外资非正常撤离事件发生后，中方当事人要及时向有关司法主管部门（法院或侦查机关）申请民商事或刑事案件立案。根据案件具体情况，各主管部门可根据各自系统内工作程序及我国和相应国家签订的《民商事司法协助条约》或《刑事司法协助条约》，通过条约规定的中央机关在本国向外方提出司法协助请求。外方根据所缔约条约有义务向中方提供司法协助（例如向位于该国的诉讼当事人送达传票、起诉书等司法文书，调取相关证据，协助调查涉案人员和资金的下落，搜查扣押相关物品等）。

不履行正常清算义务给债权人造成损失的，根据最高人民法院《公司法解释（二）》的最新规定，作为有限责任公司的股东、股份有限公司的控股股东和董事以及公司实际控制人的外国企业或个人仍应承担相应民事责任，对公司债务承担连带清偿责任。

中方当事人提起的民事诉讼在我国法院胜诉后，如败诉的外国当事人在中国无可供执行的财产，胜诉方可依据中国和相应国家签订的《民商事司法协助条约》的相关规定或依据败诉方在国外的财产所在地的法律，请求外国有管辖权的法院承认和执行中国法院的生效判决、裁定。

我国与外国缔结的《民商事司法协助条约》相互赋予了对方国民与本国国民同等的诉讼权利。中方债权人可据此在已缔约条约国家民事诉讼，有经济困难的我国公民在外诉讼，可根据所在国法律申请相应法律援助。

对极少数恶意逃避欠缴，税额巨大，涉嫌犯罪的嫌疑人员，国家有关主管部门在立案后，可视具体案情通过条约规定的中央机关或外交渠道向犯罪嫌疑人逃往国提出引渡请求或刑事诉讼移转请求，以最大限度地确保犯罪嫌疑人受到法律追究。

### 真题演练

1. (2000-1-72)<sup>①</sup> 下列哪些是我国在司法协助方面加入的国际公约？
- A. 《承认及执行外国仲裁裁决的公约》
  - B. 《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》
  - C. 《关于外国调取民事或商事证据的公约》
  - D. 《民事诉讼程序公约》

<sup>①</sup> ABC。



2. (2002-1-72)<sup>①</sup> 某外国法院依照该国与我国缔结或共同参加的国际条约的规定提出司法协助请求, 我国法院应该依照什么程序提供司法协助?

- A. 依照国际惯例进行
- B. 依照我国法律规定的程序进行
- C. 依照该外国法律规定的程序进行, 但该程序不得违反我国的公共秩序
- D. 在一定条件下, 也可依照外国法院请求的特殊方式进行

3. (2002-1-64)<sup>②</sup> 根据我国《民事诉讼法》和有关条约的规定, 外国法院向位于我国领域内的当事人送达司法文书和司法外文书时, 不能采用下列哪几种送达方式?

- A. 外交途径送达
- B. 通过外交人员或领事向非派遣国国民送达
- C. 邮寄直接送达
- D. 司法程序中的利害关系人直接送达

4. (2005-1-96)<sup>③</sup> 甲国与中国均为 1965 年在海牙签订的《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》的缔约国。现甲国法院依该公约向总部设在南京的东陵公司送达若干司法文件。根据该公约及我国的相关规定, 下列判断何者为错误?

- A. 这些司法文书应由甲国驻华使、领馆直接送交我国司法部
- B. 收到司法部转递的司法文书后, 执行送达的人民法院如发现该司法文书所涉及的诉讼标的属于我国法院专属管辖, 则应拒绝执行甲国的送达请求
- C. 执行送达的人民法院如果发现其中确定的出庭日期已过, 则应直接将该等司法文书退回, 不再向东陵公司送达
- D. 东陵公司收到人民法院送达的该等司法文书后, 发现其只有英文文本的, 可以拒收

5. (2007-1-80)<sup>④</sup> 某中国企业因与在境外设立的斯坦利公司的争议向我国法院提起诉讼。根据我国现行司法解释, 关于向斯坦利公司有效送达司法文书的问题, 下列哪些选项是正确的?

- A. 法院可向该公司设在中国的任何分支机构送达
- B. 法院可向该公司设在中国的任何代表机构送达
- C. 如该公司的主要负责人位于中国境内时, 法院可向其送达
- D. 法院可向该公司在中国的诉讼代理人送达

6. (四川 2008-1-82)<sup>⑤</sup> 某律师在代理一项涉外民事诉讼案件中, 需要了解有关司法文书域外送达的规则。关于司法文书域外送达的规则, 下列哪些选项是正确的?

- A. 境外当事人位于《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(《海牙送达公约》) 缔约国境内的, 除该国与我国之间的双边条约另有规定的, 应采用该公约规定的送达方式向该当事人送达
- B. 对不符合前项情形的境外当事人, 可以采用外交途径送达
- C. 我国法院需要依《海牙送达公约》向居住在其他缔约国的被告送达司法文书的, 应由司法部送交对方国家的中央机关
- D. 若境外当事人为华侨, 在其所在国法律允许的情况下, 可委托我国驻该国使领馆送达

① BD。

② BCD。

③ BC。

④ BCD。向分支机构送达需要授权, 所以 A 不选。

⑤ ABCD。



7. (2003 - 1 - 100)<sup>①</sup> 秦某出生于美国, 具有美国国籍, 现年 10 岁。秦某的父亲是华裔美国人, 母亲是中国人。3 年前, 秦某的父母在美国离异后, 秦某的母亲携秦某回国定居, 秦某的母亲在公安机关办理了常住户口登记, 也为秦某办理了在中国长期居留的证件。后秦某的父亲委托中国律师在中国某人民法院提起诉讼, 请求取得对其子的监护权。秦某的父亲从美国寄交委托中国律师的授权委托书, 应该办理下列何种手续?

- A. 经美国公证机关证明, 并经中华人民共和国驻美国使领馆认证
- B. 经中华人民共和国驻美国使领馆认证
- C. 履行中华人民共和国与美国订立的有关条约中规定的证明手续
- D. 经中华人民共和国外交部有关部门认证

8. (2008 - 1 - 82)<sup>②</sup> 在我国法院审理的一个涉外诉讼案件中, 需要从甲国调取某些证据。甲国是《关于从国外调取民事或商事证据公约》的缔约国。根据该公约, 下列哪些选项是正确的?

- A. 赵律师作为中方当事人的诉讼代理人, 可以依照上述公约请求甲国法院调取所需的证据
- B. 调取证据的请求, 应以请求书的方式提出
- C. 请求书应通过我国外交部转交甲国的中央机关
- D. 中国驻甲国的领事代表在其执行职务的区域内, 可以在不采取强制措施的情况下向华侨取证

9. (2002 - 1 - 66)<sup>③</sup> 现有一德国法院的判决在我国欲得到承认和执行, 依照我国《民事诉讼法》的规定必须符合下列哪些条件, 德国法院的判决才能得到我国的承认和执行?

- A. 德国法院适用了我国冲突规范所规定的准据法
- B. 德国法院判决的承认和执行不会损害我国的公共秩序
- C. 德国法院判决已经发生法律效力
- D. 德国与我国缔结或者参加了国际条约或有互惠关系

10. (2003 - 1 - 65)<sup>④</sup> 中国法院就一家中国公司和一家瑞士公司之间的技术转让纠纷作出判决。判决生效后, 瑞士公司拒不执行法院判决, 而且该公司在中国既无办事机构、分支机构和代理机构, 也无财产。关于该判决的承认和执行, 下列选项中的哪些表述是正确的?

- A. 中国公司直接向有管辖权的瑞士法院申请承认和执行
- B. 中国公司向国际法院申请承认和执行
- C. 由人民法院依照我国缔结或者参加的国际条约的规定, 请求瑞士法院承认和执行
- D. 由人民法院直接采取强制措施执行

11. (2007 - 1 - 41)<sup>⑤</sup> 我国某法院接到一位中国公民提出的要求承认一项外国法院判决的申请。依我国法律规定, 关于承认该外国判决, 下列哪一选项是错误的?

- A. 如我国与该外国间存在司法协助协定, 应依该协定办理
- B. 如我国与该外国间既不存在司法协助协定, 也不存在任何互惠关系, 法院应驳回

- ① AC。
- ② BD。
- ③ BCD。
- ④ AC。
- ⑤ B。

当事人申请

- C. 只有作出判决的外国法院对案件具有管辖权时, 该外国判决才有可能被我国法院承认
- D. 只有已发生法律效力的外国法院判决才有可能被我国法院承认

12. (2008-1-40)<sup>①</sup> 外国公民张女士与旅居该国的华侨王先生结婚, 后因感情疏离, 张女士向该国法院起诉离婚并获得对其有利的判决, 包括解除夫妻关系, 以及夫妻财产分割和子女抚养等内容。该外国与中国之间没有司法协助协定。张女士向中国法院申请承认该离婚判决, 王先生随后在同一中国法院起诉与张女士离婚。根据我国法律和司法解释, 下列哪一选项是错误的?

- A. 中国法院应依《最高人民法院关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》决定是否承认该判决中解除夫妻身份关系的内容
- B. 中国法院应依前项司法解释决定是否执行该判决中解除夫妻身份关系之外的内容
- C. 若张女士的申请被驳回, 她就无权再提出承认该判决的申请, 但可另行向中国法院起诉离婚
- D. 中国法院不应受理王先生的离婚起诉

13. (2008-1-80)<sup>②</sup> 甲国秋叶公司在该国法院获得一项胜诉的判决, 并准备向中国法院申请执行。根据我国现行法律, 下列哪些选项是正确的?

- A. 该判决可以由当事人直接向我国有管辖权的法院申请执行
- B. 该判决可以由甲国法院依照该国与我国缔结或共同参加的国际条约的规定向我国有管辖权的法院申请执行
- C. 对外国法院判决效力的承认, 我国采取裁定方式
- D. 对与我国缔结司法协助条约的国家的法院判决, 我国法院均应予以执行

14. (四川 2008-1-36)<sup>③</sup> 甲、乙均为中国公民, 在中国结婚。婚后若干年, 甲移居美国, 乙仍居中国。因长期分居感情疏离, 两人决定离婚。对此, 下列哪一选项是错误的?

- A. 无论甲、乙哪一方向中国法院提起离婚诉讼, 中国法院都有管辖权
- B. 若甲先在美国起诉, 则乙不可再在中国起诉
- C. 甲在美国起诉后, 乙仍然可以在中国起诉
- D. 甲在美国起诉后, 乙既可以在中国起诉, 也可以到美国应诉

15. (2009-1-37)<sup>④</sup> 甲国人格里为中国境内某中外合资企业的控股股东。2009 年因金融危机该企业出现财务困难, 格里于 6 月回国后再未返回, 尚欠企业员工工资及厂房租金和其他债务数万元。中国与甲国均为《海牙取证公约》缔约国, 依我国相关法律规定, 下列哪一选项是正确的?

- A. 因格里已离开中国, 上述债务只应由合资企业的中方承担清偿责任
- B. 中国有关主管部门在立案后可向甲国提出引渡格里的请求
- C. 中方当事人可在中国有管辖权的法院对格里申请立案
- D. 中方当事人的诉讼代理人可请求甲国主管机关代为调取有关格里的证据

① B。  
② ABC。  
③ B。  
④ C。





## 第十四讲 区际法律问题

### 【本讲概要】

了解：区际法律冲突、区际司法协助的概念和我国的相关规定。

理解：我国产生区际法律冲突和做出区际司法协助安排的原因。

熟悉并能够运用：我国区际司法协助安排的内容与相关规则。

### 考点一 区际法律冲突与区际冲突法

#### 考点解析

区际法律冲突是在一个主权国家内部不同地区的法律制度之间的冲突，或者说是一个国家内部不同法域国家的产物。

在区际法律冲突的解决上，依最高人民法院的《民通意见》第192条的规定：“依法应当适用的外国法律，如果该外国不同地区实施不同的法律的，依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定，确定应适用的法律。该国法律未作规定的，直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。”这表明我国在处理区际冲突上，依据该国的区际冲突规则确定准据法，在无法根据该国的区际冲突规则确定时，依据最密切联系原则确定准据法。

#### 真题演练

1. (2004-1-70)<sup>①</sup> 根据我国的司法解释，我国法院在依法应适用外国法律时，如果该外国的不同地区实施不同的法律，应如何确定准据法？

- A. 依据该国的区际冲突规则确定准据法
- B. 可以直接选择适用该国任一地区的实体法
- C. 在无法根据该国的区际冲突规则确定时，依据最密切联系原则确定准据法
- D. 依当事人的住所地确定准据法

2. (2007-1-40)<sup>②</sup> 在一个涉外民事案件中，我国某法院根据我国的冲突规则确定应适用外方当事人的本国法处理该争议，但该外国的不同地区实施着不同的法律。在此情况下，下列哪一选项是正确的？

- A. 应以该国首都所在地的法律为外方当事人的本国法
- B. 应以外方当事人的住所地法代替其本国法
- C. 应直接以与该民事关系有最密切联系的法律为外国当事人的本国法

<sup>①</sup> AC。

<sup>②</sup> D。



D. 应先依据该国的区际冲突规则加以确定；如该国法律未作规定，再以与该民事关系有最密切联系的法律为外国当事人的本国法

## 考点二 我国的区际司法协助

### 考点解析

#### （一）内地与港澳台地区之间的区际送达

最高人民法院和香港特别行政区代表经过协商，于1999年达成了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》，也与澳门特别行政区代表于2001年达成了《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》，这两个安排是我国在区际司法协助领域取得的重大进展。

##### 1. 内地与香港特别行政区之间的送达

（1）受理法院。双方委托送达司法文书，均须通过各高级人民法院和香港特别行政区高等法院进行。最高人民法院司法文书可以直接委托香港特别行政区高等法院送达。

（2）司法文书。司法文书在内地包括起诉状副本、上诉状副本、授权委托书、传票、判决书、调解书、裁定书、决定书、通知书、证明书、送达回证；在香港特别行政区包括起诉状副本、上诉状副本、传票、状词、誓章、判案书、判决书、裁决书、通知书、法庭命令、送达证明。上述委托送达的司法文书以互换司法文书样本为准。

（3）送达的方式。委托方请求送达司法文书，须出具盖有其印章的委托书；委托书应当以中文文本提出，所附司法文书没有中文文本的，应当提供中文译本；以上文件一式两份，受送达人为两人以上的，每人一式两份。受委托方接到委托书后，应当及时完成送达，最迟不得超过自收到委托书之日起两个月；不论司法文书中确定的出庭日期或者期限是否已过，受委托方均应送达；委托方应当尽量在合理期限内提出委托请求。

（4）送达依据的法律。两地文书的送达应依受托方所在地法律规定的程序进行。

（5）责任与费用。受委托方对委托方委托送达的司法文书的内容和后果不负法律责任。委托送达司法文书费用互免，但委托方在委托书中请求以特定送达方式送达所产生的费用，由委托方负担。

##### 2. 内地与澳门特别行政区之间的送达

按照《内地与澳门特别行政区的安排》，受理法院是，双方相互委托送达司法文书，均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行；最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托送达。

其他司法文书送达的方式，送达依据的法律以及费用和责任部分参照内地与香港之间的送达。

##### 3. 《最高人民法院关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》

2009年最高人民法院对涉港澳民商事案件司法文书送达问题发布司法解释。其中规定：

作为受送达人的自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在内地的，人民法院可以直接向该自然人或者法定代表人、主要负责人送达。除受送达人在授权委托书





中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外，其委托的诉讼代理人为有权代其接受送达的诉讼代理人，人民法院可以向该诉讼代理人送达。受送达人在内地设立有代表机构的，人民法院可以直接向该代表机构送达。受送达人在内地设立有分支机构或者业务代办人并授权其接受送达的，人民法院可以直接向该分支机构或者业务代办人送达。

人民法院向在内地没有住所的受送达人送达司法文书，可以按照《最高人民法院关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》或者《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》送达。按照前款规定方式送达的，自内地的高级人民法院或者最高人民法院将有关司法文书递送香港特别行政区高等法院或者澳门特别行政区终审法院之日起满3个月，如果未能收到送达与否的证明文件且不存在规定第12条规定情形的<sup>①</sup>，视为不能适用上述安排中规定的方式送达。

人民法院向受送达人送达司法文书，可以邮寄送达。邮寄送达时应附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。自邮寄之日起满3个月，虽未收到送达与否的证明文件，但存在本规定第12条规定情形的，期间届满之日视为送达。自邮寄之日起满3个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且不存在本规定第12条规定情形的，视为未送达。

人民法院可以通过传真、电子邮件等能够确认收悉的其他适当方式向受送达人送达。

人民法院不能依照本规定上述方式送达的，可以公告送达。公告内容应当在内地和受送达人住所地公开发行的报刊上刊登，自公告之日起满3个月即视为送达。除公告送达方式外，人民法院可以同时采取多种法定方式向受送达人送达。采取多种方式送达的，应当根据最先实现送达的方式确定送达日期。

人民法院向在内地的受送达人或者受送达人的法定代表人、主要负责人、诉讼代理人、代表机构以及有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书，可以适用留置送达的方式。

受送达人未对人民法院送达的司法文书履行签收手续，但存在以下情形之一的，视为送达：①受送达人向人民法院提及了所送达司法文书的内容；②受送达人已经按照所送达司法文书的内容履行；③其他可以确认已经送达的情形。

下级人民法院送达司法文书，根据有关规定需要通过上级人民法院转递的，应当附申请转递函。上级人民法院收到下级人民法院申请转递的司法文书，应当在七个工作日内予以转递。上级人民法院认为下级人民法院申请转递的司法文书不符合有关规定需要补正的，应当在七个工作日内退回申请转递的人民法院。

#### 4. 最高人民法院关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定

人民法院向住所地在台湾地区的当事人送达民事诉讼文书，可以采用下列方式：

(1) 受送达人居住在大陆的，直接送达。受送达人是自然人，本人不在的，可以交其同住成年家属签收；受送达人是法人或者其他组织的，应当由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或者该法人、组织负责收件的人签收；受送达人不在大陆居住，但送达时

① 第12条 受送达人未对人民法院送达的司法文书履行签收手续，但存在以下情形之一的，视为送达：

(1) 受送达人向人民法院提及了所送达司法文书的内容；  
(2) 受送达人已经按照所送达司法文书的内容履行；  
(3) 其他可以确认已经送达的情形。



在大陆的，可以直接送达。

(2) 受送达人在大陆有诉讼代理人的，向诉讼代理人送达。受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收的除外。

(3) 受送达人有指定代收人的，向代收人送达。

(4) 受送达人在大陆有代表机构、分支机构、业务代办人的，向其代表机构或者经受送达人明确授权接受送达的分支机构、业务代办人送达。

(5) 受送达人在台湾地区的地址明确的，可以邮寄送达。

(6) 有明确的传真号码、电子信箱地址的，可以通过传真、电子邮件方式向受送达人送达。

(7) 按照两岸认可的其他途径送达。

采用上述方式不能送达或者台湾地区的当事人下落不明的，公告送达。采用前述(1)、(2)、(3)、(4)种方式送达的，由受送达人、诉讼代理人或者有权接受送达的人在送达回证上签收或者盖章，即为送达；拒绝签收或者盖章的，可以依法留置送达。采用第(5)种方式邮寄送达的，应当附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的，视为送达，签收日期为送达日期。自邮寄之日起满3个月，如果未能收到送达与否的证明文件，且根据各种情况不足以认定已经送达的，视为未送达。

采用第(6)种方式传真、电子邮件方式送达的，应当注明人民法院的传真号码或者电子信箱地址，并要求受送达人在收到传真件或者电子邮件后及时予以回复。以能够确认受送达人收悉的日期为送达日期。

采用第(7)种其他途径方式送达的，应当由有关的高级人民法院出具盖有本院印章的委托函。委托函应当写明案件各方当事人的姓名或者名称、案由、案号；受送达人姓名或者名称、受送达人的详细地址以及需送达的文书种类。

采用公告方式送达的，公告内容应当在境内外公开发行的报刊或者权威网站上刊登。公告送达的，自公告之日起满3个月，即视为送达。

人民法院按照两岸认可的有关途径代为送达台湾地区法院的民事诉讼文书的，应当有台湾地区有关法院的委托函。人民法院收到台湾地区有关法院的委托函后，经审查符合条件的，应当在收到委托函之日起2个月内完成。送达民事诉讼文书中确定的出庭日期或者其他期限逾期的，受委托的人民法院亦应予送达。人民法院按照委托函中的受送达人姓名或者名称、地址不能送达的，应当附函写明情况，将委托送达的民事诉讼文书退回。完成送达的送达回证以及未完成送达的委托材料，可以按照原途径退回。

受委托的人民法院对台湾地区有关法院委托送达的民事诉讼文书的内容和后果不负法律责任。

## (二) 内地与澳门地区之间的调查取证

内地也没有专门的立法解决其与港澳台之间的调查取证问题。目前主要参照我国民事诉讼法有关规定、1970年海牙《关于从国外获取民事或商事证据的公约》以及最高人民法院的司法解释来加以解决。前述《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》是中国区际取证方面最重要的成果。

(1) 受理的法院。双方相互委托调取证据，均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行；最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托调取证据。

(2) 取证范围。委托方法院请求调取的证据只能是用于与诉讼有关的证据。代为调取



证据的范围包括：代为询问当事人、证人和鉴定人，代为进行鉴定和司法勘验，调取其他与诉讼有关的证据。

(3) 完成期限。送达文书：2 个月内；调取证据：3 个月内。

(4) 费用。费用互免，特殊方式取证：委托方承担。

(5) 效力。受委托方法院收到委托书后，不得以其本辖区法律规定对委托方法院审理的该民商事案件享有专属管辖权或不承认对该请求事项提起诉讼的权利为由，不予执行受托事项。

### (三) 内地与澳门地区相互执行法院判决

2006 年 2 月 28 日，最高人民法院与澳门特别行政区在澳门签署了的《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》。其主要内容如下。

1. 判决的类型。在内地包括劳动争议案件，在澳门行政区包括劳动民事案件。安排适用于民事判决和刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定，但不适用于行政案件。

2. 申请认可和执行申请的管辖法院。

内地：被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院。两个或两个以上中级人民法院均有管辖权的，申请人应当选择向其中一个中级人民法院提出申请。

澳门特别行政区：有权受理认可判决申请的法院为中级法院，有权执行的法院为初级法院。

被申请人在内地和澳门特别行政区均有可供执行财产的，申请人可以向一地法院提出执行申请。申请人向一地法院提出执行申请的同时，可以向另一地法院申请查封、扣押或者冻结被执行人的财产。待一地法院执行完毕后，可以根据该地法院出具的执行情况证明，就不足部分向另一地方法院申请采取处分财产的执行措施。两地法院执行财产的总额，不得超过依据判决和法律规定所确定的数额。

3. 不予认可的情形：

(1) 判决所确认的事项属被请求方法院专属管辖；

(2) 被请求方法院已存在相同诉讼，该诉讼先于待认可判决的诉讼提起，且被请求方法院具有管辖权；

(3) 被请求方法院已认可或者执行被请求方法院以外的法院或仲裁机构就相同诉讼作出的判决或仲裁裁决；

(4) 根据判决作出地的法律，败诉的当事人未得到合法传唤，或者无诉讼行为能力人未依法得到代理；

(5) 根据判决作出地的法律，申请认可和执行的判决尚未发生法律效力，或者因再审被裁定中止执行；

(6) 认可和执行会违反法律的基本原则和公共秩序。

4. 当事人对认可与否的裁定不服的，在内地可以向上一级人民法院提请复议，在澳门特别行政区可以根据其法律规定提起上诉；对执行中作出的裁定不服的，可以根据被请求方法律的规定，向上级法院寻求救济。

5. 对于以上 (1) (4) (6) 种情况不予认可的判决，申请人不得再行提起认可和执行的申请，但可以重新起诉。但是如果是第 (5) 种情况，在不予认可情形消除后，申请人可以再行提起认可和执行的申请。

6. 相互提供法律资料安排规定，最高人民法院和澳门特别行政区终审法院应当相互



提供相关法律资料。

#### （四）内地认可台湾地区有关法院民事判决

最高人民法院审判委员会在1998年通过的《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》，其主要内容包括：

##### 1. 受理的法院

申请由申请人住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中级人民法院受理。

##### 2. 期限

对于台湾地区有关法院的民事判决，当事人可以在该判决发生法律效力后1年内根据规定向人民法院申请认可。

##### 3. 申请受理

人民法院收到申请书，经审查，符合本规定条件的，应当在7日内受理；不符合本规定条件的，不予受理，并在7日内通知申请人，同时说明不予受理的理由。

##### 4. 不予认可的情况

台湾地区有关法院的民事判决具有下列情形之一的，裁定不予认可：①申请认可的民事判决的效力未确定的；②申请认可的民事判决，是在被告缺席又未经合法传唤或者在被告无诉讼行为能力又未得到适当代理的情况下作出的；③案件系人民法院专属管辖的；④案件的双方当事人订有仲裁协议的；⑤案件系人民法院已作出判决，或者外国、境外地区法院作出判决或境外仲裁机构作出仲裁裁决已为人民法院所承认的；⑥申请认可的民事判决具有违反国家法律的基本原则，或者损害社会公共利益情形的。

##### 5. 处理

人民法院审查申请后，对于台湾地区有关法院民事判决不具有上述情形的，裁定认可其效力。人民法院受理认可台湾地区有关法院民事判决的申请后，对当事人就同一案件事实起诉的，不予受理。案件虽经台湾地区有关法院判决，但当事人未申请认可，而是就同一案件事实向人民法院提起诉讼的，应予受理。人民法院受理认可申请后，作出裁定前，申请人要求撤回申请的，应当允许。对人民法院不予认可的民事判决，申请人不得再提出申请，但可以就同一案件事实向人民法院提起诉讼。人民法院作出民事判决前，一方当事人申请认可台湾地区有关法院就同一案件事实作出的判决的，应当中止诉讼，对申请进行审查。经审查，对符合认可条件的申请，予以认可，并终结诉讼；对不符合认可条件的，则恢复诉讼。

申请认可台湾地区有关法院民事裁定和台湾地区仲裁机构裁决的也适用本规定。

#### （五）内地与香港地区相互执行仲裁裁决

1999年6月18日最高人民法院审判委员会第1069次会议通过并发布了《最高人民法院关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》，以最高人民法院司法解释的形式在内地实施。其主要内容有：

##### 1. 管辖法院

内地或者香港特区作出的仲裁裁决，一方当事人不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以向被申请人住所地或者财产所在地的有关法院申请执行；上述的有关法院，在内地指被申请人住所地或者财产所在地的中级人民法院，在香港特区指香港特区高等法院；被申请人住所地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区内的，申请人可以选择其中一个





人民法院申请执行裁决，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请；被申请人的住所地或者财产所在地，既在内地又在香港特区的，申请人不得同时分别向两地有关法院提出申请，只有一地法院执行不足以偿还其债务时，才可就不足部分向另一地法院申请执行，两地法院先后执行仲裁裁决的总额，不得超过裁决数额。

## 2. 提交文书

申请人向有关法院申请执行在内地或者香港特区作出的仲裁裁决的，应当提交的文书包括执行申请书、仲裁裁决书和仲裁协议。执行申请书应当以中文文本提出，裁决书或者仲裁协议没有中文文本的，申请人应当提交正式证明的中文译本。

## 3. 依据的法律

申请人向有关法院申请执行内地或者香港特区仲裁裁决的期限依据执行地法律有关时限的规定，有关法院接到申请人申请后，应当按执行地法律程序处理及执行。

## 4. 不予执行的情况

在内地或者香港特区申请执行的仲裁裁决，被申请人接到通知后，提出证据证明有下列情形之一的，经审查核实，有关法院可裁定不予执行，这些情形包括：①仲裁协议当事人依对其适用的法律属于某种无行为能力的情形；或者该项仲裁协议依约定的准据法无效；或者未指明以何种法律为准时，依仲裁裁决地的法律是无效的；②被申请人未接到指派仲裁员的适当通知，或者因他故未能陈述意见的；③裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的或者不在仲裁协议条款之内，或者裁决载有关于交付仲裁范围以外事项的决定的；但交付仲裁事项的决定可与未交付仲裁的事项划分时，裁决中关于交付仲裁事项的决定部分应当予以执行；④仲裁庭的组成或者仲裁庭程序与当事人之间的协议不符，或者在有关当事人没有这种协议时与仲裁地的法律不符的；⑤裁决对当事人尚无约束力，或者业经仲裁地的法院或者按仲裁地的法律撤销或者停止执行的，有关法院认定依执行地法律，争议事项不能以仲裁解决时，则可不予执行该裁决；⑥内地法院认定在内地执行该仲裁裁决违反内地社会公共利益，或者香港特区法院决定在香港特区执行该仲裁裁决违反香港特区的公共政策，则可不予执行该裁决。

## 5. 期限

(1) 1997年7月1日至本安排生效之日因故未能向内地或者香港特区法院申请执行，申请人为法人或者其他组织的，可以在本安排生效后六个月内提出，如申请人为自然人的，可以在本安排生效后一年内提出；

(2) 对于内地或香港特区法院在1997年7月1日至本安排生效之日拒绝受理或者拒绝执行仲裁裁决的案件，应允许当事人重新申请。

## 6. 费用

申请人向有关法院申请执行在内地或者香港特区作出的仲裁裁决，应当根据执行地法院有关诉讼收费的办法交纳执行费用。

## (六) 内地与澳门地区相互认可和执行仲裁裁决

1. 适用范围：双方认可和执行依对方仲裁法作出的民商事仲裁裁决。

2. 管辖法院：内地有权受理认可和执行仲裁裁决申请的法院为中级人民法院。两个或者两个以上中级人民法院均有管辖权的，当事人应当选择其一。澳门特别行政区有权受理认可仲裁裁决申请的法院为中级法院，执行的法院为初级法院。被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地分别在内地和澳门特别行政区的，申请人可以向一地法院提出认





可和执行申请，也可以分别向两地法院提出申请。当事人分别向两地法院提出申请的，两地法院都应当依法进行审查。予以认可的，采取查封、扣押或者冻结被执行人财产等执行措施。仲裁地法院应当先进行执行清偿，另一地法院在收到仲裁地法院关于经执行债权未获清偿情况的证明后，可以对申请人未获清偿的部分进行执行清偿。两地法院执行财产的总额，不得超过依据裁决和法律规定所确定的数额。

3. 提交文件：申请书、申请人身份证明、仲裁协议、裁决书或调解书的原文或公证副本。这些文件没有中文文本的，申请人应当提交经正式证明的中文译本。

4. 不予认可的理由，与内地和香港相同。

### （七）内地与香港地区相互认可和执行法院民事判决

2006年7月14日，最高人民法院和香港特别行政区共同签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》，此安排于2008年8月1日起生效。其中要注意的事项有：

#### 1. 管辖法院

依安排申请认可和执行民商事判决，在内地向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院提出，在香港特别行政区向香港特别行政区高等法院提出。被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区的，申请人应当选择向其中一个人民法院提出认可和执行的申请，不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地，既在内地又在香港特别行政区的，申请人可以同时分别向两地法院提出申请，两地法院执行财产的总额，不得超过依据判决确定的数额，已经部分或者全部执行判决的法院应当根据对方法院的要求提供已执行判决的情况。

书面管辖协议可以由一份或者多份书面形式组成。除非合同另有规定，合同中的管辖协议条款独立存在，合同的变更、解除、终止或者无效，不影响管辖协议条款的效力。

其中，向内地人民法院提交的身份证明材料文件没有中文文本的，申请人应当提交证明无误的中文译本；但执行地法院对上述法院出具的证明书，无需另行要求公证。

#### 2. 申请认可和执行的程序和时限

除另有规定外，申请人申请认可和执行内地人民法院或者香港特别行政区法院判决的程序，依据执行地法律的规定。当事人向有关法院申请执行判决，应当根据执行地有关诉讼收费的法律和规定交纳执行费或者法院费用。

申请人申请认可和执行的期间为2年，内地判决到香港特别行政区申请执行的，从判决规定履行期间的最后一日起计算，判决规定分期履行的，从规定的每次履行期间的最后一日起计算；香港特别行政区判决到内地申请执行的，从判决可强制执行之日起计算，该日为判决上注明的判决日期，判决对履行期限另有规定的，从规定的履行期限届满后开始计算。

内地与香港特别行政区法院相互认可和执行的标的范围，除判决确定的数额外，还包括根据该判决必须支付的利息、经法院核定的律师费以及诉讼费，但不包括税收和罚款。在香港特别行政区诉讼费是指经法官或者司法常务官在诉讼费评定证明书中核定或者命令支付的诉讼费用。

#### 3. 不予认可和执行情况

原审判决中的债务人提供证据证明有下列情形之一的，受理申请的法院经审查核实，



应当裁定不予认可和执行：

(1) 根据当事人协议选择的原审法院地的法律，管辖协议属于无效。但选择法院已经判定该管辖协议为有效的除外；

(2) 判决已获完全履行；

(3) 根据执行地的法律，执行地法院对该案享有专属管辖权；

(4) 根据原审法院地的法律，未曾出庭的败诉一方当事人未经合法传唤或者虽经合法传唤但未获依法律规定的答辩时间。但原审法院根据其法律或者有关规定公告送达的，不属于上述情形；

(5) 判决是以欺诈方法取得的；

(6) 执行地法院就相同诉讼请求作出判决，或者外国、境外地区法院就相同诉讼请求作出判决，或者有关仲裁机构作出仲裁裁决，已经为执行地法院所认可或者执行的。

内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益，或者香港特别行政区法院认为在香港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的，不予认可和执行。

#### 4. 中止或终止认可和执行程序

对于香港特别行政区法院作出的判决，判决确定的债务人已经提出上诉，或者上诉程序尚未完结的，内地人民法院审查核实后，可以中止认可和执行程序。经上诉，维持全部或者部分原判决的，恢复认可和执行程序；完全改变原判决的，终止认可和执行程序。内地地方人民法院就已经作出的判决按照审判监督程序作出提审裁定，或者最高人民法院作出提起再审裁定的，香港特别行政区法院审查核实后，可以中止认可和执行程序。再审判决维持全部或者部分原判决的，恢复认可和执行程序；再审判决完全改变原判决的，终止认可和执行程序。

#### 5. 一事不再理

根据安排而获认可的判决与执行地法院的判决效力相同。当事人对认可和执行与否的裁定不服的，在内地可以向上一级人民法院申请复议，在香港特别行政区可以根据其法律规定提出上诉。在法院受理当事人申请认可和执行判决期间，当事人依相同事实再行提起诉讼的，法院不予受理。已获认可和执行的判决，当事人依相同事实再行提起诉讼的，法院不予受理。对于根据安排第九条不予认可和执行的判决，申请人不得再行提起认可和执行的申请，但是可以按照执行地的法律依相同案件事实向执行地法院提起诉讼。

#### 6. 临时措施

法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后，可以按照执行地法律关于财产保全或者禁制资产转移的规定，根据申请人的申请，对被申请人的财产采取保全或强制措施。

### 真题演练

1. (2009-1-82)<sup>①</sup> 大陆甲公司与台湾地区乙公司签订了出口家具合同，双方在合同履行中产生纠纷，乙公司拒绝向甲公司付款。甲公司在大陆将争议诉诸法院。关于向台湾当事人送达文书，下列哪些选项是正确的？

A. 可向乙公司在大陆的任何业务代办人送达

<sup>①</sup> BC。



- B. 如乙公司的相关当事人在台湾下落不明的,可采用公告送达
- C. 邮寄送达的,如乙公司未在送达回证上签收而只是在邮件回执上签收,可视为送达
- D. 邮寄送达未能收到送达与否证明文件的,满三个月即可视为已送达
2. (2005-1-82)<sup>①</sup> 内地某中级人民法院在审理一民事案件过程中,需从澳门调取证据。依据《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》,下列哪些说法是正确的?
- A. 该中级人民法院可直接委托澳门的有关法院调取证据
- B. 澳门受托法院可以该民事案件属于其专属管辖为由拒绝执行受托事项
- C. 受托法院完成调取证据的期限最迟不得超过自收到委托书之日起三个月
- D. 最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接委托调取证据
3. (2007-1-36)<sup>②</sup> 李某在内地某法院取得一项涉及王某的具有给付内容的生效民事判决。王某的主要财产在澳门,在内地也有少量可供执行的财产。根据《最高人民法院关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》,下列哪一选项是正确的?
- A. 李某有权同时向内地与澳门有管辖权的法院申请执行
- B. 李某向澳门法院提出执行申请的同时,可以向内地法院申请查封、扣押或者冻结王某的财产
- C. 如澳门法院受理执行申请,它不能仅执行该判决中的部分请求
- D. 该判决的执行应适用内地法律
4. (四川2008-1-83)<sup>③</sup> 2006年3月21日,最高人民法院公布《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决的安排》。根据该文件规定,下列哪些选项是正确的?
- A. 内地有关劳动争议案件的判决适用该安排
- B. 澳门特别行政区有关劳动民事案件的判决适用该安排
- C. 经裁定予以认可的判决,与被请求方法院的判决具有同等效力
- D. 最高人民法院与澳门特别行政区终审法院不承担提供相关法律资料的义务
5. (2005-1-80)<sup>④</sup> 位于厦门的甲公司与位于台北的乙公司因货物买卖产生纠纷,双方在台湾地区的有关法院就该纠纷进行诉讼,该法院作出终审判决。根据《最高人民法院关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》,下列哪些选项是正确的?
- A. 当事人可在该判决生效后两年内向人民法院提出对该判决的认可申请
- B. 当事人对台湾地区有关法院的判决未申请认可,而是就同一案件事实另行向人民法院提起诉讼的,人民法院应予受理
- C. 乙公司向人民法院提出认可申请后,甲公司向人民法院就同一案件事实提起诉讼的,人民法院应予受理
- D. 当事人提出的认可申请被驳回后,再就同一案件事实向人民法院起诉的,人民法院仍可受理

① CD。

② B。

③ ABC。

④ BD。



6. (2009-1-81)<sup>①</sup> 李某与王某在台湾地区因民事纠纷涉诉, 被告王某败诉, 李某向王某在福建的财产所在地的中级法院申请认可台湾地区的民事判决。下列哪些选项可以成为中级法院拒绝认可的理由?

- A. 案件为人民法院专属管辖
- B. 人民法院已承认了某外国法院就相同案件作出的判决
- C. 双方没有关于司法管辖的协议
- D. 王某在本案中缺席且未给予合法传唤

7. (2008-1-81)<sup>②</sup> 上海甲公司作为卖方和澳门乙公司订立了一项钢材购销合同, 约定有关合同的争议在中国内地仲裁。乙公司在内地和澳门均有营业机构。双方发生争议后, 仲裁庭裁决乙公司对甲公司进行赔偿。乙公司未在规定期限内履行仲裁裁决。关于甲公司对此采取的做法, 下列哪些选项是正确的?

- A. 向内地有管辖权的中级人民法院申请执行该仲裁裁决
- B. 向澳门特别行政区中级法院申请执行该仲裁裁决
- C. 分别向内地有管辖权的中级人民法院和澳门特别行政区中级法院申请执行仲裁裁决
- D. 向澳门特别行政区初级法院申请执行该仲裁裁决

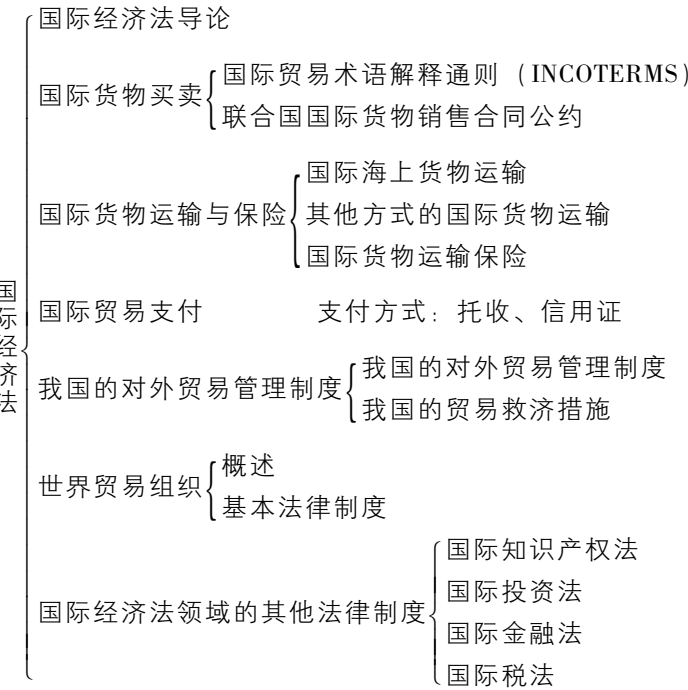
8. (2009-1-39)<sup>③</sup> 香港甲公司与内地乙公司订立供货合同, 约定由香港法院管辖。后双方因是否解除该合同及赔偿问题诉诸香港法院, 法院判乙公司败诉。依相关规定, 下列哪一选项是正确的?

- A. 如该合同被解除, 则香港法院管辖的协议也随之无效
- B. 如乙公司在内地两省均有财产, 甲公司可向两省的有关法院申请认可和执行
- C. 如甲公司向内地法院申请认可和执行判决, 免除执行费用
- D. 如甲公司向内地法院提交的文件无中文文本, 应当提交证明无误的中文译本

① ABD。  
② ABC。  
③ D。

# 第三章 国际经济法

## 本章知识结构图



## 第十五讲 国际货物买卖

### 【本讲概要】

了解：国际商业惯例、1980 年联合国国际销售合同公约。

理解：国际货物买卖合同的订立。

熟悉并能够运用：FCA、FOB、CIF、CFR 贸易术语的基本内容，国际货物买卖合同中双方当事人的权利与义务及违约救济。

### 考点一 《国际贸易术语解释通则》

#### 考点解析

#### （一）《国际贸易术语解释通则》概述

##### 1. 概念

国际贸易术语是在国际贸易中逐渐形成的，表明在不同的交货条件下，买卖双方在交易中的费用、责任及风险划分以英文缩写表示的专门用语。贸易术语是国际惯例的一种，由当事人选择适用，国际上使用最为广泛的是《2000 年国际贸易术语解释通则》（以下简称 2000 年通则）。主要内容包括：交货地点，运输、保险，货物的价格构成，清关手续的办理，风险的承担等。《国际贸易术语解释通则》吸收了《联合国国际货物销售合同公约》中风险转移的规定，确定了卖方交货后，货物灭失或损坏的风险以及负担与货物有关的费用的义务从卖方转移到买方的基本原则，但这一原则的适用，要以双方都没有过失且货物已正式划拨归合同项下为前提。

##### 2. 《国际贸易术语解释通则 2000》对《国际贸易术语解释通则 1990》的修改

（1）在进出口手续方面更加合理：将 FAS 术语中办理出口许可证和出口清关手续的责任自买方移至卖方；将 DEQ 术语中办理进口清关手续的责任自卖方移至买方。

（2）明确了 FCA 术语下交货与装货的义务，当卖方在其所在地交货时，卖方负责交货，货物装上买方的运输工具即为完成交货；在其他地点交货时，卖方在自己的运输工具上完成交货（卖方的义务：管装不管卸）。

除了两个术语（EXW 和 DDP）特殊外，其他都是卖方负责出口，买方负责进口。

注意：国际贸易术语属于国际商业惯例，国际商业惯例属于任意性的规范，只有在当事人约定适用的情况下才对当事人有约束力。当事人可以对其选择的商业惯例进行补充和修改。

#### （二）四种主要贸易术语

在国际贸易中最常用的价格术语是 FOB、CIF 和 CFR。这三种术语主要用于通过海运



的国际贸易合同，随着目前多式联运的不断发展，适用于各种运输方式的 FCA 的作用也在日益扩大。对这四个术语必须在交货、风险转移、双方的责任三个方面全面、准确地掌握。详见下表。

名称	FCA（Free Carrier）货 交承运人（指定地点）	FOB（Free On Board） 船上交货（指定装运港）	CFR（Cost and Freight） 成本加运费（指定目的港）	CIF（Cost Insurance and Freight）成本、保险 费加运费（指定目的港）
交货地点	交承运人	装运港船上	装运港船上	装运港船上
风险转移	交货时	装运港船舷	装运港船舷	装运港船舷
出口清关	卖方	卖方	卖方	卖方
进口清关	买方	买方	买方	买方
运输	买方	买方	卖方	卖方
保险	（买方）	（买方）	（买方）	卖方
运输方式	各种运输	海运、内河	海运、内河	海运、内河
各组特点	装运合同主要运费未付		装运合同主要运费已付	
价格构成	成本 + 货交承运人之前的 运费	成本 + 将货物从产地运 到装运港船上费用	成本 + 运费	成本 + 保险费 + 运费
交货	管装不管卸	装运港船上交货	装运港船上交货	装运港船上交货
风险转移	交货时	装运港船舷	装运港船舷	装运港船舷
卖方责任	交货交单，出口手续， 承担交货前的风险费用	交货交单，出口手续， 装船并通知买方，承担货 物在装运港越过船舷前的 风险费用	交货交单，出口手续， 订立运输合同付运费，装 船后给买方充分通知，承 担货物在装运港越过船舷 前的风险费用	交货交单，出口手续， 订立运输合同付运费， 办理保险支付保险费用， 承担货物在装运港越过 船舷前的风险费用
买方责任	付款，进口手续，订立 运输合同付运费，承担交 货后的风险费用及保险	付款，进口手续，租船 或订舱并通知卖方，承担 货物在装运港越过船舷后 的风险费用及保险	付款，进口手续，承担 货物在装运港越过船舷后 的风险费用和保险	付款，进口手续，承 担货物在装运港越过船 舷后的风险费用

三个重要术语的区别详见下表。

	缩略语后港口名	价格构成	安排运输	投保
FOB	装运港	交易成本	买方	买方
CFR	目的港	成 + 运	卖方	买方
CIF	目的港	成 + 运 + 保	卖方	卖方

共同点：

- (1) 风险转移的时间相同：装运港越过船舷。
- (2) 交货地点相同：装运港。
- (3) 进出口手续办理相同：卖方办出口，买方办进口。
- (4) 适用于相同的运输方式：海运和河运。

使用时特别注意的事项：

FOB：两个充分通知：买方租船后给卖方充分通知；卖方装船时给买方充分通知。

CFR：一个充分通知：卖方装船时给买方充分通知。

CIF：如果买方没有特殊要求，卖方只有义务投保海运最低险（平安险）。



1. (2000 - 1 - 31)<sup>①</sup> 下列哪一种价格术语规定由应由买方履行办理出口清关手续的义务？  
A. FOB                      B. CIF                      C. CFR                      D. EXW
2. (2000 - 1 - 32)<sup>②</sup> 中国某公司以 CIF 价向德国某公司出口一批农副产品，向中国人民保险公司投保了一切险，并规定以信用证方式支付。中国公司在装船并取得提单后，办理了议付。第二天，中国公司接到德国公司来电，称装货的海轮在海上失火，该批农副产品全部烧毁，要求中国公司向中国人民保险公司提出索赔，否则要求中国公司退还全部货款。下列选项哪项是正确的？  
A. 中国公司应向保险公司提出索赔                      B. 德国公司应向中国公司提出索赔  
C. 德国公司应向船公司提出索赔                      D. 德国公司应向保险公司提出索赔
3. (2002 - 1 - 23)<sup>③</sup> 根据《国际贸易术语解释通则 2000》的规定，下列哪一种贸易需由卖方办理进口手续？  
A. FAS                      B. DEQ                      C. DDP                      D. DDU
4. (2002 - 1 - 69)<sup>④</sup> 2000 年《国际贸易术语解释通则》有关 FCA 贸易术语下交货与装货义务的规定包括下列哪些内容？  
A. 当卖方在其所在地交货时，应由买方负责装货  
B. 当卖方在其所在地交货时，应由卖方负责装货  
C. 当卖方在其他地点交货时，则当货物在卖方的运输工具上尚未卸货即完成交货  
D. 当卖方在其他地点交货时，则卖方应负责将货物运至交货地点并卸下才完成交货
5. (2003 - 1 - 95)<sup>⑤</sup> 买卖双方采用 CIF 术语签订了国际货物买卖合同，合同约定装运港为旧金山，目的港为上海。下列何种表述是正确的？  
A. 卖方必须负责把货物运至上海  
B. 因美国西部海港装运工人罢工、封港，卖方可以不可抗力为由免除迟延交货的责任  
C. 对货物从装运港到目的港的灭损风险，由卖方购买保险，买方承担风险  
D. 出口清关手续由卖方负责
6. (2005 - 1 - 41)<sup>⑥</sup> 中国甲公司（卖方）与德国乙公司（买方）签订的国际货物买卖合同中使用了“CIP 汉堡”贸易术语。下列哪一种说法符合该贸易术语的要求？  
A. 货物应运至汉堡港  
B. 货物风险自货交第一承运人时转移  
C. 由甲公司负责办理进口手续  
D. 甲公司订立多式联运运输合同，乙公司负责办理保险
7. (2006 - 1 - 95)<sup>⑦</sup> 南美某国的修格公司希望从我国太原辉泉公司购买一批货物。双方正在就货物销售合同的具体条款进行谈判。双方都希望选择国际商会《2000 年国际

- 
- ① D。
  - ② D。
  - ③ C。
  - ④ BC。
  - ⑤ CD。
  - ⑥ B。
  - ⑦ AD。



贸易术语解释通则》中的贸易术语来确定货物销售的价格和相关义务。双方对于该货物的国际买卖均有丰富经验，且都与从事国际海上货物运输和保险的专业公司保持着经常的业务关系。基于上述事实，下列何种表述是正确的？

A. 从修格公司的角度出发，如果选择 EXW 贸易术语，意味着它要承担的相关义务比选择任何其他的贸易术语都要大

B. 修格公司可以接受“CFR 天津”的贸易术语而自己向保险公司投保货物运输险

C. 假如双方采用了“CIF 布宜诺斯艾利斯”的贸易术语，辉泉公司对货物在公海上因船舶沉没而导致的货损应向修格公司承担赔偿责任

D. 双方都有可能接受《国际贸易术语解释通则》F 组中的某项贸易术语

8. (2008 - 1 - 41)① 根据 2000 年版《国际贸易术语解释通则》的规定，关于 FOB 贸易术语，下列哪一选项是正确的？

A. 卖方应当在目的港交货

B. 卖方应当自费取得货物保险

C. 卖方无义务自费订立运输合同

D. 该贸易术语适用于各种运输方式

9. (四川 2008 - 1 - 41)② 根据 2000 年版《国际贸易术语解释通则》的规定，关于 CFR 贸易术语，下列哪一选项是正确的？

A. 卖方应当在目的港交货

B. 买方应负责办理出口清关手续

C. 卖方应当自费取得货物保险

D. 该贸易术语只适用于海运与内河运输

10. (2009 - 1 - 40)③ 甲国公司（卖方）与乙国公司订立了国际货物买卖合同，FOB 价格条件，采用海上运输方式。甲乙两国均为《联合国国际货物销售合同公约》（简称《公约》）缔约国，下列哪一选项是正确的？

A. 货物的风险应自货物交第一承运人时转移

B. 因当事人已选择了贸易术语，《公约》整体不再适用该合同

C. 甲国公司应在装运港于约定日期或期限内将货物交至船上

D. 甲国公司在订立运输合同并装船后应及时通知乙国公司办理保险

## 考点二 《联合国国际货物销售合同公约》

### 考点解析

#### （一）公约的适用范围

##### 1. 《联合国国际货物销售合同公约》的适用范围

① 公约适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同，如果这些国家是缔约国；或②如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。

注意：公约所谓的“国际”体现在营业地在不同国家，当事人的国籍和当事人或合同的民事或商业性质，公约并不考虑。这点经常出题。

##### 2. 不适用公约的情况

（1）购供私人、家人或家庭使用的货物销售；

① C。

② D。

③ C。





- (2) 公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；
- (3) 船舶、船只、气垫船或飞机的销售；
- (4) 电力的销售；
- (5) 经由拍卖的销售；
- (6) 根据法律执行令状或其他令状的销售；
- (7) 本公约不适用于供应货物一方的绝大部分义务在于供应劳力或其他服务的合同；
- (8) 订购货物的当事人保证供应制造或生产货物所需大部分重要材料的合同。

注意：在公约的适用范围上，首先应抓住三个要素：营业地，不同缔约国，货物买卖合同，只有这三个因素都具备，才可以初步判定适用公约；同时还需要考虑几个需要排除的特殊情况，有两大类共八种具体情况，一类是货物本身比较特殊，是前四种情况，另一类是买卖的方式比较特殊，是后四种情况。

### 3. 《联合国国际货物销售合同公约》的涉及事项

(1) 涉及的事项：①买卖合同的成立；②买卖合同的形式；③买卖双方因买卖合同而产生的权利义务关系。

(2) 不涉及的事项：①合同或其条款的效力问题以及惯例的效力问题；②合同对所售货物所有权可能产生的影响；③卖方对于货物对任何人所造成的死亡或伤害的责任。

### 4. 《联合国国际货物销售合同公约》的任意性

双方当事人可以约定不适用公约，或在公约第12条的条件下，减损公约的任何规定或改变其效力。

注意：对公约的任意性问题应当特别注意，公约是买卖合同无特别排除约定便自动适用，而不是当事人在合同中有特别约定才适用。另外，如果当事人选择了某一国际惯例，则合同仍适用公约，但国际惯例与公约规定不一致的地方，适用国际惯例的规定。这也是考试中常考到的知识点。

### 5. 我国加入《联合国国际货物销售合同公约》时的保留

(1) 合同形式的保留。我国坚持国际货物销售合同只能采取书面形式订立，因而对公约第11条提出保留。

(2) 扩大适用的保留。我国坚持冲突规范指向的只能是实体法，不同意通过对国际私法的引用而使公约适用于非缔约国，因而对公约第1条第1款b项提出保留。

## (二) 国际货物买卖合同的订立

### 1. 要约

(1) 一项有效的要约条件是：①向一个或一个以上特定的人提出订立合同的建议；②内容十分明确，既定明了货物并明示或默示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格；③表明要约人在得到接受时承受约束的意愿。要约自送达受要约人时生效。

(2) 要约的撤回和撤销。要区分要约的撤回和要约的撤销两个概念。

要约的撤回是指要约人在要约未送达受要约人时，取消要约的行为，只要撤回要约的通知在要约到达受要约人之前或同时送达受要约人即可撤回要约。

要约的撤销是指要约人在要约送达受要约人后，在受要约人发出接受要约的通知之前取消要约的行为。但下列两种要约不可撤销：①要约写明接受要约的期限或以其他方式表示要约是不可撤销的；②受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的，而且受要约人已本着对该项要约的信赖行事。



注意：撤销要约的时间必须是在受要约人发出接受要约的通知之前，而不是在接受要约的通知送达要约人之前。要约即使是不可撤销的，也可以撤回。

## 2. 承诺

(1) 一项有效的承诺条件是：①承诺要由受要约人做出；②承诺须在要约规定的时间内做出并到达要约人；(承诺到达生效) ③承诺与要约内容一致，即承诺对要约内容未做出实质性改变。

注意：有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任范围或解决争端方式等内容的添加或不同条件，是实质上变更要约。如果承诺对要约内容进行非实质性变更，除非要约人及时向受要约人表示不接受此非实质性修改，该承诺为有效承诺，合同条件以要约的条件以及承诺作出的非实质性修改为准。

(2) 逾期承诺。主观：如要约人毫不迟延地向受要约人表示接受逾期承诺，则逾期承诺仍然有效。客观：由于邮递延误造成的逾期承诺具有承诺的效力，除非要约人毫不迟延地通知受要约人其认为要约已失效。

## (三) 国际货物买卖合同双方的义务

### 1. 卖方的义务

#### (1) 交付货物

交货地点：①如果买卖合同涉及货物的运输，交货地点为货物交予第一承运人的地点；②如果合同指的是特定货物或从特定存货中提取的或尚待制造或生产的未经特定化的货物，而双方在订立合同时已知道这些货物的特定地点，交货地点为该特定地点；③在其他情况下，交货地点为卖方订立合同时的营业地。

交货时间：①如果合同规定有日期，或从合同可以确定日期，应在该日期交货；②如果合同规定有一段时间，或从合同可以确定一段时间，除非情况表明应由买方选定一个日期外，应在该段时间内任何时候交货；③在其他情况下，应在订立合同后一段合理时间内交货。

#### (2) 质量担保

质量担保是指卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符，并须按照合同所规定的方式装箱或包装。

如果合同没有约定这些内容，则货物应当符合下列要求：①适用于通常使用目的；②适用于特定目的；③与样品或样式相符；④包装应当采用同类货物通用的方式。

但是，如果买方在订立合同时知道或者不可能不知道货物不符合同，卖方就无须使货物满足上述4项要求。

#### (3) 权利担保

权利担保包括所有权担保和知识产权担保。①所有权担保：指卖方保证其所交付的货物，是第三方不能提出任何权利或要求的货物。但如果买方同意在这种权利或要求的条件下收取货物，卖方就不承担该担保。②知识产权担保：指保证其卖方所交付的货物，是第三方不能根据工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物。

公约对知识产权担保的要求比对所有权担保的要求宽松。只有当卖方在订立合同时已知道或不可能不知道对货物的这种权利或要求，并且这种权利或要求是基于：①货物销售目的国的法律或②买方营业地所在国的法律而提出时，卖方才承担知识产权担保义务。而且，即使在这种情况下，如果①买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要



求，或者②此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、程式或其他规格；则卖方也不用承担知识产权义务。

#### (4) 交付单据

卖方必须按照在合同规定的时间、地点和方式移交这些单据。如果卖方在约定的时间以前已移交这些单据，则可在时间届满前纠正单据中任何不符合合同规定的情形，但是，此项权利的行使不得使买方遭受不合理的不便或承担不合理的开支。而且，买方可以保留公约规定的要求损害赔偿的权利。

注意：关于知识产权担保有两方面限制，一个是地域方面（转卖地、买方营业地）；另一个是主观方面排除（买方已知、买方造成）。

### 2. 买方的义务

- |          |   |       |                                |
|----------|---|-------|--------------------------------|
| (1) 支付货款 | { | ①付款准备 |                                |
|          |   | ②支付地点 | { 有约定，从约定<br>卖方营业地<br>移交货物或单据地 |
|          |   |       | ③付款时间                          |

(2) 接收货物（接收不等于接受）

### (四) 风险转移

#### 1. 公约确定的风险转移的时间

##### (1) 有运输条款的风险转移

如果卖方没有义务在某一特定地点交付货物，则自货物按照买卖合同交付给第一承运人以转交给买方时起，风险就移转到买方承担。

如果卖方有义务在某一特定地点把货物交付给承运人，则自货物于该地点交付给承运人时起，风险就移转到买方承担。

##### (2) 合同订立时货物已经在运输途中的风险转移

从订立合同时起，风险就移转到买方承担。

如果情况表明有此需要，从货物交付给签发载有运输合同单据的承运人时起，风险就由买方承担。

##### (3) 其他情况下的风险转移

从买方接受货物时起或货物交由买方处置时，风险就由买方承担。

应当注意，公约规定仅是在合同没有约定的情况下才适用。如果双方已经通过采用某种贸易术语确定了风险移转的时间，则风险转移的时间以贸易术语的规定为准。

#### 2. 风险转移与买方违约的关系

在风险转移到买方后货物损坏或灭失的，该损失应当由买方来承担，其付款义务不能解除。但是，如果该货物的损坏或灭失是由于卖方此前的违约行为所导致的结果，那么尽管买方根据风险转移的划分要承担该损失，他依然有权利要求卖方赔偿该损失。







## （五）违反合同的补救办法

### 1. 卖方违反合同时，买方可采取的补救办法

违约补救办法是指在一方当事人违反合同时，另一方当事人依法获得补偿的办法，也称救济方法。在国际货物买卖中，卖方的违约主要表现为不履行交货义务，不适当履行交货义务，如所交货物与合同不符，所交单据与合同不符，交付的货物违反了卖方的权利担保等情况。买方的违反则主要表现为不付款，或不依合同的约定付款，或不依合同的约定提取货物。公约分别对卖方违反合同的救济办法与买方违反合同的救济办法进行了规定。

（1）卖方违反合同时，买方可采取的补救办法要求实际履行。除非买方已采取与此要求相抵触的某种补救方法，买方可以规定一个合理宽限期，让卖方履行其义务。

（2）交付替代物，只有在货物与合同不符构成根本违约时采用。

（3）修理。

（4）减价。如货物与合同不符，不论货款是否已付，买方都可以减低价格。减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合的货物在当时的价值两者之间的比例计算。

（5）宣告合同无效。当卖方在完全不交付货物或不依合同规定交付货物等于根本违反合同时采用，有以下两种情形：①卖方根本违反合同；②卖方在买方规定的宽限期内没有交货或声明不交货。

注意：根本违反合同是指一方当事人违反合同而使另一方当事人遭受损害，实际上剥夺了其依合同规定期待取得的东西。

买方宣告合同无效的权利由于下列情况而丧失：①对于迟延交货，买方没有在迟延交货后的一段合理的时间宣告合同无效；②对于其他情况的违约，在他已经知道或应当知道后的一段合理时间内没有宣告合同无效；或者当买方给予额外交付货物期限时，在该额外期限届满后的一段合理时间内没有宣告合同无效；或者当卖方对自己的不履行义务向买方声明将在额外期限内进行补救，而该期限已经超过或买方不接受卖方的补救的情况下，买方仍没有宣告合同无效。

### 2. 买方违反合同时，卖方可采取的补救办法

（1）要求履行义务。

（2）宣告合同无效，卖方可在下列情况下宣告合同无效：①当买方没有履行合同或公约规定的义务等于根本违反合同时；②买方不在卖方规定的额外时间内履行支付价款的义务或收取货物，或买方声明他将不在所规定的时限内履行。但如买方支付了全部货款，卖方原则上就丧失了宣告合同无效的权利。

### 3. 买卖双方双方均可采用的补救办法

（1）预期违反合同

① 定义：预期违反合同是指在合同订立后，履行期到来前，一方明示拒绝履行合同的意图，或通过其行为推断其将不履行。当一方出现预期违反合同的情况时，另一方可以采取中止履行义务的措施。

② 中止履行合同义务的条件有：A. 必须是被中止方当事人在履行合同的能力或信用方面存在严重缺陷；B. 被中止方当事人必须在准备履行或履行合同的行为方面表明他将不能履行合同中的大部分重要义务。

③ 中止履行义务的结束：按公约的规定，中止可因被中止方当事人提供了履行合同义务的充分保证而结束。

④ 预期违反合同与宣告合同无效：依公约的规定，如果在履行合同日期之前，明显看出一方当事人将根本违反合同，另一方当事人可以宣布合同无效。

⑤ 分批交付的无效处理:

在一方当事人不履行任何一批货物的义务构成对该批货物的根本违约时，只能宣告合同对该批货物无效（一批违反，该批无效）。

如有充分理由断定对今后各批货物将会发生根本违反合同时，则可在一段合理时间内宣告合同今后无效（今后违反，今后无效）。

当买方宣告合同对任何一批货物的交付为无效，而各批货物又是相互依存的情况下，可宣告对已交付的或今后交付的各批货物均无效（相互依存，全部无效）。

(2) 损害赔偿。损害赔偿是对损失或损害，违约方给予对方的金钱上的补偿。赔偿金的计算是，受损害方因违约遭受的包括利润在内的实际损失。另外，要求损害赔偿的一方有减少损失的责任（如果不采取这种措施，违约的一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额）。

(3) 要求支付利息。支付利息有两种,一种是贷款的利息,另一种是拖欠金额的利息。采用支付利息的救济方式可以与损害赔偿救济要求并用。

#### (4) 不履行合同义务一方的免责

免责的条件：①不履行是由于当事人不能控制的障碍所致（比如，战争、禁运、风暴等）；②这种障碍是不履行义务的一方在订立合同时不能预见的；③这种障碍是当事人不能避免或不能克服的。

通知：不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。如果该项通知在不履行义务的一方已知道或理应知道此障碍后一段合理时间内仍未为另一方收到，则他对由于另一方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。

免责免除的仅是违约方损害赔偿的责任。

### (5) 宣告合同无效

宣告合同无效的后果：①解除买卖双方在合同中的义务，但是损害赔偿責任不解除；②买方必须按实际收到货物的原状归还货物；③买卖双方必须归还因接受履行所获得的利益。

### (6) 保全货物

保全货物是指一方违约，另一方仍持有货物或控制货物的处置权时，该方有义务对他所持有或控制的货物进行保全。

条件	卖方	买方未付款或接受货物, 卖方拥有货物或控制着货物的处置
	买方	买方已接受了货物, 但打算退货
方式	寄放仓库, 或将易坏货物出售	

## 真题演练

1. (1997-1-67)<sup>①</sup> 《联合国国际货物买卖合同公约》规定的主要内容有哪些?

- A. 买卖合同的成立  
B. 买卖合同的形式  
C. 买卖双方的权利能力和行为能力  
D. 违约的救济

① ABD。





2. (2002-1-67)<sup>①</sup> 设下列各公司所属国均为1980年《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国,依公约的规定,下列哪几种情况适用公约?

- A. 营业地位于中国的两个不同国家的公司订立的关于电视机的买卖合同
- B. 营业地位于不同国家的两公司订立的补偿贸易合同,其中服务未构成供货方的绝大部分义务
- C. 营业地位于不同国家的两公司关于食糖的贸易合同
- D. 营业地位于不同国家的两公司订立的补偿贸易合同,其中服务构成了供货方的绝大部分义务

3. (2003-1-66)<sup>②</sup> 《联合国国际货物销售合同公约》适用于下列哪些合同?

- A. 营业地在不同缔约国的当事人之间所订立的货物销售合同
- B. 住所地在不同缔约国的当事人之间所订立的货物销售合同
- C. 具有不同缔约国国籍的当事人之间所订立的货物销售合同
- D. 在国际私法规则导致适用某一缔约国法律的前提下,营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物销售合同

4. (2002-1-24)<sup>③</sup> 1997年7月20日,香港甲公司给厦门乙公司发出要约称:“鳗鱼饲料数量180吨,单价CIF厦门980美元,总值176,400美元,合同订立后三个月装船,不可撤销即期信用证付款,请电复”。厦门乙公司还盘:“接受你方发盘,在订立合同后请立即装船”。对此香港甲公司没有回音,也一直没有装船。厦门乙公司认为香港甲公司违约。在此情形下,下列选项哪个是正确的?

- A. 甲公司应于订立合同后立即装船
- B. 甲公司应于订立合同后三个月装船
- C. 甲公司一直未装船是违约行为
- D. 该合同没有成立

5. (2002-1-70)<sup>④</sup> 根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定,下列关于逾期承诺的效力的表述,哪些是正确的?

- A. 如要约人毫不迟延地向受要约人表示接受逾期承诺,则逾期承诺仍然有效
- B. 对由于邮递延误造成的逾期承诺,只要要约人毫不迟延地表示接受,则该逾期承诺仍然有效
- C. 由于邮递延误造成的逾期承诺具有承诺的效力,除非要约人毫不迟延地通知受要约人其认为要约已失效
- D. 非因邮递原因造成的逾期承诺应当为有效承诺,除非要约人毫不迟延地表示其认为要约已失效

6. (2004-1-73)<sup>⑤</sup> 中国山东某公司于2003年6月14日收到甲国某公司来电称:“×××设备3560台,每台270美元CIF青岛,7月甲国×××港装船,不可撤销即期信用证支付,2003年6月22日前复到有效。”中国山东公司于2003年6月17日复电:“若

① BC。  
② AD。  
③ D。  
④ AC。  
⑤ AC。



单价为 240 美元 CIF 青岛, 可接受 3560 台  $\times \times \times$  设备; 如有争议在中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁。”甲国公司于 2003 年 6 月 18 日回电称仲裁条款可以接受, 但价格不能减少。此时, 该机器价格上涨, 中方又于 2003 年 6 月 21 日复电: “接受你 14 日发盘, 信用证已经由中国银行福建分行开出。”但甲国公司未予答复并将货物转卖他人。关于该案, 依 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定, 下列选项哪些是正确的?

- A. 甲国公司要约中所采用的是在甲国完成交货的贸易术语
- B. 甲国公司将货物转卖他人的行为是违约行为
- C. 中国山东公司于 2003 年 6 月 17 日的复电属于反要约
- D. 甲国公司于 2003 年 6 月 18 日回电是在要约有效期内发出, 属有效承诺

7. (2008-1-42)<sup>①</sup> 2008 年 8 月 11 日, 中国甲公司接到法国乙公司出售某种设备的发盘, 有效期至 9 月 1 日。甲公司于 8 月 12 日电复: “如能将每件设备价格降低 50 美元, 即可接受”。对此, 乙公司没有答复。甲公司于 8 月 29 日再次致电乙公司表示接受其 8 月 11 日发盘中包括价格在内的全部条件。根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》, 下列哪一选项是正确的?

- A. 乙公司的沉默表明其已接受甲公司的降价要求
- B. 甲公司 8 月 29 日的去电为承诺, 因此合同已成立
- C. 甲公司 8 月 29 日的去电是迟到的承诺, 因此合同没有成立
- D. 甲公司 8 月 29 日的去电是新要约, 此时合同还没有成立

8. (四川 2008-1-42)<sup>②</sup> 2006 年 7 月 1 日, 我国 L 公司向外国 M 公司发出一份要约称: 出售某型号的电瓶叉车 300 辆, 单价 9500 美元/FOB 大连, 9 月 15 日装船, 买方于 8 月 15 日前开出信用证。该要约发出后的第四天, 全球叉车市场价格上涨, L 公司欲撤销该要约。依 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》, 下列哪一选项是正确的?

- A. 如要约要求在 7 月 15 日前答复, 则 L 公司不必考虑撤销要约的问题
- B. 如要约要求在 7 月 15 日前答复但 M 公司未答复, L 公司应在 7 月 16 日通知 M 公司撤销该要约
- C. 如 M 公司回函要求改用 D/P 方式付款, 则 L 公司可立即发函撤销该要约
- D. 只要在 M 公司答复之前将撤销要约的通知发至 M 公司即可撤销该项要约

9. (2005-1-86)<sup>③</sup> 一国甲公司与另一国乙公司订立国际货物买卖合同, 假设 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》适用于该买卖合同, 那么依该公约的规定, 甲公司对于所售货物的权利担保事项包括下列哪些?

- A. 交付的货物为甲方所有
- B. 交付的货物为甲方占有
- C. 交付的货物在买方所在国或转售国不侵犯他人的知识产权
- D. 交付的货物在世界范围内不侵犯他人的知识产权

10. (2007-1-83)<sup>④</sup> 营业地在中国的甲公司向营业地在法国的乙公司出口一批货物。乙公司本拟向西班牙转卖该批货物, 但却转售到意大利, 且未通知甲公司。意大利丙

① D。  
② A。  
③ AC。  
④ BD。

公司指控该批货物侵犯其专利权。关于甲公司的权利担保责任,根据《联合国国际货物销售合同公约》规定,下列哪些选项是正确的?

- A. 甲公司应承担依意大利法提出的知识产权主张产生的赔偿责任
- B. 甲公司应承担依法国法提出的知识产权主张产生的赔偿责任
- C. 甲公司应担保在全球范围内该批货物不侵犯他人的知识产权
- D. 甲公司的知识产权担保义务不适用于该批货物依乙公司提供的技术图样生产的情形

11. (2008-1-84)<sup>①</sup> 根据国际公约有关规定,在卖方有义务移交与货物有关的单据的情况下,关于卖方的此项义务,下列哪些选项是正确的?

- A. 卖方必须在规定的时间移交
- B. 如卖方在规定的时间内移交,可以在该时间到达前纠正其中不符合同规定的情形
- C. 卖方行使纠正单据的权利使买方承担不合理开支的,买方有权要求赔偿
- D. 卖方在不使买方承担不合理开支的情况下,可以改变移交单据的地点和方式

12. (四川 2008-1-45)<sup>②</sup> 图佛公司收到赛温公司交货的通知。在决定是否接受该货物前,图佛公司需要验货。根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定,下列哪一选项是正确的?

- A. 无论该货物是否转运,图佛公司都应在约定的目的港检验货物
- B. 图佛公司应在按情况实际可行的最短时间内安排他人检验货物
- C. 在收到货物后的 2 年内,图佛公司随时有权检验该货物
- D. 赛温公司在订立合同时知道货物将要转运的,货物的检验有可能推迟到该货物到达新目的地后进行检验

13. (1998-1-35)<sup>③</sup> 根据《联合国国际货物买卖合同》的规定,对于正在运输途中的货物进行交易,货物的风险从何时由卖方转移给买方?

- A. 卖方交货时
- B. 买方收取货物时
- C. 双方约定的时间
- D. 合同成立时

14. (2007-1-86)<sup>④</sup> 甲公司与乙公司依 CIF 安特卫普价格订立了出口一批布料的合同。货物运输途中,乙公司将货物转卖给丙公司。关于这批布料两次交易的风险转移时间,依 2000 年《国际贸易术语解释通则》及《联合国国际货物销售合同公约》的规定,下列哪些选项是正确的?

- A. 在甲公司与乙公司之间,货物风险在货物交第一承运人时转移
- B. 在甲公司与乙公司之间,货物风险在货物越过装运港船舷时转移
- C. 在乙公司与丙公司之间,货物风险原则上在双方订立合同时转移
- D. 在乙公司与丙公司之间,货物风险原则上在丙公司收到货物时转移

15. (四川 2008-1-84)<sup>⑤</sup> 关于货物灭失或损坏的风险由卖方转移到买方后发现的货

① ABC。

② D。《联合国国际货物销售合同公约》第 38 条规定,(1) 买方必须在按情况实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物。(2) 如果合同涉及货物的运输,检验可推迟到货物到达目的地后进行。(3) 如果货物在运输途中改运或买方须再发运货物,没有合理机会加以检验,而卖方在订立合同时已知道或理应知道这种改运或再发运的可能性,检验可推迟到货物到达新目的地后进行。因此,本题的正确答案是 D。

③ D。

④ BC。

⑤ ABD。





物不符合同情形,在下列哪些情况下卖方应当承担责任?

- A. 货物不符合同情形在风险转移时已经存在
- B. 货物不符合同是因货物的包装不当所致
- C. 货物不符合同是因承运人的过失造成的
- D. 货物不符合同是因卖方违反了货物在一段时间内保持特定质量的保证

16. (四川 2008-1-100)<sup>①</sup> 国际货物买卖合同的履行会涉及货物风险的转移。根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定,在有关货物销售合同已经按照公约要求的方式被注明的前提下,关于风险转移,下列表述错误的是:

- A. 如果双方对需要运输的货物没有约定特定的交货地点,则自货物按照合同交付给第一承运人以转交给买方时起,风险就转移到买方
- B. 对于在运输途中销售的货物,风险自买方收到货物时转移到买方
- C. 卖方经授权保留控制货物处置权的单据,不影响风险的转移
- D. 如卖方有义务在某一特定地点把货物交付给承运人,在货物于该地点交付给承运人以前,风险不转移到买方

17. (2003-1-70)<sup>②</sup> 中国甲公司从美国乙公司进口一批水果,合同约定货到验收后付款。货物到达目的港,甲公司提货验收后,发现货物总重量短少 12%,单个体积和重量也不符合合同规定。下列有关此案的表述哪些是正确的?

- A. 甲公司有权拒绝接收货物
- B. 甲公司有权要求退货
- C. 甲公司可以将货物寄放于第三方仓库,其费用由乙公司承担
- D. 甲公司可以将货物出售,并从出售价款中扣除保全货物和销售货物发生的合理费用

18. (2006-1-84)<sup>③</sup> 2006 年 6 月,佛易纳公司与晋堂公司签订了一项买卖运动器材的国际货物销售合同。晋堂公司作为买方在收到货物后发现其与合同约定不符。依据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定,下列哪些表述是正确的?

- A. 如果货物与合同不符的情形构成根本违反合同,晋堂公司可以解除合同
- B. 根据货物与合同不符的情形,晋堂公司可以同时要求减价和赔偿损失
- C. 只有在货物与合同不符的情形构成根本违反合同时,晋堂公司关于交付替代物的要求才应当被支持
- D. 如果收到的货物数量大于合同规定的数量,晋堂公司应当拒绝接受多交部分的货物

19. (2006-1-86)<sup>④</sup> 施密斯公司作为买方与邻国的哈斯公司签署了一项水果买卖合同。除其他条款外,双方约定有关该合同的争议应适用 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》并通过仲裁解决。施密斯公司在检验收到的货物时,发现该水果的大小与合同的规定差别很大,便打算退货。根据这些情况,下列哪些表述是正确的?

- A. 施密斯公司应当根据情况采取合理措施保全货物

- 
- ① B。
  - ② BCD。
  - ③ ABC。
  - ④ ACD。





B. 施密斯公司有权一直保有这些货物，直至哈斯公司对其保全货物所支出的合理费用作出补偿为止

C. 施密斯公司不必使用自己的仓库保管该货物

D. 施密斯公司也可以出售该货物，但在可能的范围内，应当把出售的意向通知哈斯公司

20. (2007 - 1 - 43)<sup>①</sup> 甲公司与乙公司订立一份国际货物买卖合同，分三批履行，其中第二批出现了质量问题。请问依 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定，下列哪一选项是正确的？

A. 只要第二批货物的质量问题构成根本违约，买方即可宣告合同对该批货物无效

B. 只要第二批货物的质量问题构成根本违约，买方即可宣告合同对已交付或今后交付的各批货物无效

C. 如第二批货物的质量问题构成一般违约，买方可宣告合同对该批货物无效

D. 如第二批货物的质量问题构成根本违约，买方仅可宣告合同对该批货物和今后交付的货物无效

21. (2008 - 1 - 100)<sup>②</sup> 根据 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定，在合同一方不履行合同义务构成根本违约的情况下，关于守约方请求损害赔偿的权利，下列表述错误的是：

A. 守约方可以根据实际情况请求赔偿原合同价与转卖合同价之间的价差

B. 守约方可以根据实际情况请求赔偿合同价与市价之间的价差以及其他因对方违约造成的损失

C. 守约方可获得的损害赔偿不得超过违约方在订立合同时，依照他当时已知道或理应知道的事实和情况，对违反合同预料到或理应预料到的可能损失

D. 守约方有权对其实际遭受的、违约方缔约时理应预料到的所有损失获得赔偿

---

① A。

② D。



## 第十六讲 国际货物运输

### 【本讲概要】

了解：海牙规则、维斯比规则、汉堡规则的规定。

理解：提单及其他运输单证。

熟悉并能够运用：提单在跟单信用证机制中的作用，海运承运人的责任与免责。

### 重点法条

#### 《海商法》

第二条 本法所称海上运输，是指海上货物运输和海上旅客运输，包括海江之间、江海之间的直达运输。本法第四章海上货物运输合同的规定，不适用于中华人民共和国港口之间的海上货物运输。

第三条 本法所称船舶，是指海船和其他海上移动式装置，但是用于军事的、政府公务的船舶和 20 总吨以下的小型船艇除外。前款所称船舶，包括船舶属具。

第九条 船舶所有权的取得、转让和消灭，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。船舶所有权的转让，应当签订书面合同。

第十条 船舶由两个以上的法人或者个人共有的，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人。

第十三条 设定船舶抵押权，由抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记；未经登记的，不得对抗第三人。……

第二十二条 下列各项海事请求具有船舶优先权：

（一）船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法律、行政法规或者劳动合同所产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；

（二）在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；

（三）船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的缴付请求；

（四）海难救助的救助款项的给付请求；

（五）船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。

载运 2000 吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行油污损害民事责任保险或者具有相应的财务保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于前款第（五）项规定的范围。

第二十三条 本法第二十二条第一款所列各项海事请求，依照顺序受偿。但是，第（四）项海事请求，后于第（一）项至第（三）项发生的，应当先于第（一）项至第（三）项受偿。

本法第二十二条第一款第（一）、（二）、（三）、（五）项中有两个以上海事请求的，

不分先后，同时受偿；不足受偿的，按照比例受偿。第（四）项中有两个以上海事请求的，后发生的先受偿。

第四十六条 承运人对集装箱装运的货物的责任期间，是指从装货港接收货物时起至卸货港交付货物时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。承运人对非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。在承运人的责任期间，货物发生灭失或者损坏，除本节另有规定外，承运人应当负赔偿责任。前款规定，不影响承运人就非集装箱装运的货物，在装船前和卸船后所承担的责任，达成任何协议。

第五十条 货物未能在明确约定的时间内，在约定的卸货港交付的，为迟延交付。

除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外，由于承运人的过失，致使货物因迟延交付而灭失或者损坏的，承运人应当负赔偿责任。

除依照本章规定承运人不负赔偿责任的情形外，由于承运人的过失，致使货物因迟延交付而遭受经济损失的，即使货物没有灭失或者损坏，承运人仍然应当负赔偿责任。

承运人未能在本条第一款规定的时间届满六十日内交付货物，有权对货物灭失提出赔偿请求的人可以认为货物已经灭失。

第五十一条 在责任期间货物发生的灭失或者损坏是由于下列原因之一造成的，承运人不负赔偿责任：

（一）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶或者管理船舶中的过失；

（二）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；

（三）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；

（四）战争或者武装冲突；

（五）政府或者主管部门的行为、检疫限制或者司法扣押；

（六）罢工、停工或者劳动受到限制；

（七）在海上救助或者企图救助人命或者财产；

（八）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；

（九）货物的自然特性或者固有缺陷；

（十）货物包装不良或者标志欠缺、不清；

（十一）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；

（十二）非由于承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。承运人依照前款规定免除赔偿责任的，除第（二）项规定的原因外，应当负举证责任。

第六十条 承运人将货物运输或者部分运输委托给实际承运人履行的，承运人仍然应当依照本章规定对全部运输负责。对实际承运人承担的运输，承运人应当对实际承运人的行为或者实际承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的行为负责。虽有前款规定，在海上运输合同中明确约定合同所包括的特定的部分运输由承运人以外的指定的实际承运人履行的，合同可以同时约定，货物在指定的实际承运人掌管期间发生的灭失、损坏或者迟延交付，承运人不负赔偿责任。

第六十六条 托运人托运货物，应当妥善包装，并向承运人保证，货物装船时所提供的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积的正确性；由于包装不良或者上述资料不正确，对承运人造成损失的，托运人应当负赔偿责任。





承运人依照前款规定享有的受偿权利，不影响其根据货物运输合同对托运人以外的人所承担的责任。

第七十一条 提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或者装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。提单中载明的向记名人交付货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成承运人据以交付货物的保证。

第七十九条 提单的转让，依照下列规定执行：

- (一) 记名提单：不得转让；
- (二) 指示提单：经过记名背书或者空白背书转让；
- (三) 不记名提单：无需背书，即可转让。

第八十九条 船舶在装货港开航前，托运人可以要求解除合同。但是，除合同另有约定外，托运人应当向承运人支付约定运费的一半；货物已经装船的，并应当负担装货、卸货和其他与此有关的费用。

第九十条 船舶在装货港开航前，因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使合同不能履行的，双方均可以解除合同，并互不相负赔偿责任。除合同另有约定外，运费已经支付的，承运人应当将运费退还给托运人；货物已经装船的，托运人应当负担装卸费用；已经签发提单的，托运人应当将提单退还承运人。

第九十一条 因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使船舶不能在合同约定的目的港卸货的，除合同另有约定外，船长有权将货物在目的港邻近的安全港口或者地点卸载，视为已经履行合同。船长决定将货物卸载的，应当及时通知托运人或者收货人，并考虑托运人或者收货人的利益。

第一百六十九条 船舶发生碰撞，碰撞的船舶互有过失的，各船按照过失程度的比例负赔偿责任；过失程度相当或者过失程度的比例无法判定的，平均负赔偿责任。

互有过失的船舶，对碰撞造成的船舶以及船上货物和其他财产的损失，依照前款规定的比例负赔偿责任。碰撞造成第三人财产损失的，各船的赔偿责任均不超过其应当承担的比例。

互有过失的船舶，对造成的第三人的人身伤亡，负连带赔偿责任。一船连带支付的赔偿超过本条第一款规定的比例的，有权向其他有过失的船舶追偿。

第一百九十三条 共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲、支付的特殊费用。

无论在航程中或者在航程结束后发生的船舶或者货物因迟延所造成的损失，包括船期损失和行市损失以及其他间接损失，均不得列入共同海损。

第一百九十四条 船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全完成本航程，驶入避难港口、避难地点或者驶回装货港口、装货地点进行必要的修理，在该港口或者地点额外停留期间所支付的港口费，船员工资、给养，船舶所消耗的燃料、物料，为修理而卸载、贮存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失、支付的费用，应当列入共同海损。

第二百四十二条 对于被保险人故意造成的损失，保险人不负赔偿责任。

第二百四十三条 除合同另有约定外，因下列原因之一造成货物损失的，保险人不负

赔偿责任：

- (一) 航行迟延、交货迟延或者行市变化；
- (二) 货物的自然损耗、本身的缺陷和自然特性；
- (三) 包装不当。

第二百四十四条 除合同另有约定外，因下列原因之一造成保险船舶损失的，保险人不负赔偿责任：

- (一) 船舶开航时不适航，但是在船舶定期保险中被保险人不知道的除外；
- (二) 船舶自然磨损或者锈蚀。

运费保险比照适用本条的规定。

## 考点一 提单

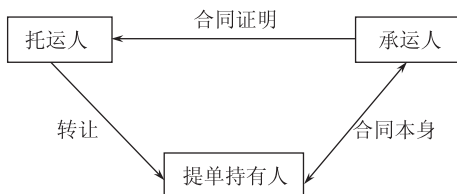
### 考点解析

#### 1. 概念

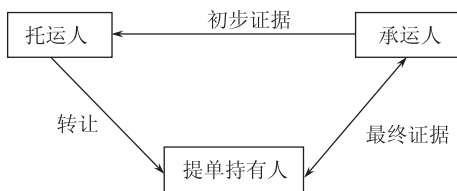
提单是班轮运输中的重要法律文件。

#### 2. 提单的法律特征

(1) 海上运输合同的证明（提单就承运人与托运人之间的关系只是合同的证明，但对承运人与提单受让人来说，提单是运输合同本身）。



(2) 提单是承运人出具的接收货物的收据（提单在托运人手中时只是初步证据，但在托运人将提单背书转让给第三人的情况下，对于提单受让人来说，提单就成了终结性的证据）。



(3) 提单是承运人凭以交付货物的具有物权特性的凭证。

#### 3. 提单的种类

(1) 已装船提单和收货待运提单。根据货物是否已装船进行分类。已装船提单的正面载有装货船舶的名称和装船日期，表明货物确已装船。银行一般只接受已装船提单。

(2) 记名提单、不记名提单和指示提单。根据提单上收货人的抬头进行分类。记名提单指提单正面载明收货人名称的提单。依《海商法》第79条，记名提单不能转让。不记名提单指提单正面未载明收货人名称的提单。不记名提单的收货人一栏中空白不填或填写“持有人”的字样。承运人向提单持有人交付货物，不记名提单转让无需背书。指示提单



指提单正面载明凭指示交付货物的提单。依《海商法》第79条，指示提单的转让必须经过背书。

(3) 清洁提单和不清洁提单。根据提单有无不良批注进行分类。清洁提单指提单上没有附加表明货物表面状况有缺陷的不良批注的提单。所谓不良批注是指承运人认为其收到的货物有包装不固、渗漏、污渍等情况。承运人如签发了清洁提单，就表明所接受的货物表面或包装完好，承运人不得事后以货物包装不良等为由推卸其运送责任。银行在结汇时一般只接受清洁提单，不接受不清洁提单。

(4) 直达提单、转船提单和联运提单。根据运输方式进行分类。直达提单指表明中途不经转船直接将货物运往目的地的提单。转船提单指当货物的运输不是由一条船直接运到目的港，而是在中途需转换另一船舶运往目的港时，船方签发的包括全程的提单。联运提单指依联运合同签发的提单。

(5) 运费预付提单和运费到付提单。根据是否已付运费进行分类。运费预付提单指载明托运人在装货港已向承运人支付运费的提单。运费到付提单，指载明收货人在目的港提货时向承运人支付运费的提单。

提单的主要基本内容如下表所示。

托 运 人		承 运 人	
收 货 人			
通 知 人			
船 名	航 次		
装 货 港	卸 货 港	最 后 卸 货 港	
品 名、标 志	件 数	重 量	体 积
运 费		日 期	
份 数		签 名	

4. 其他运输单证

(1) 海运单。海运单是证明海上运输货物由承运人接管或装船，且承运人保证将货物交给指定的收货人的一种不可流通的书面运输单证。海运单不具有流通性，不能转让，不是物权凭证，非法取得海运单的运单持有人无法提取货物。

(2) 多式联运单据。多式联运单据是多式联运合同的证明，是多式联运经营人收到货物的收据及凭其交货的凭证。

5. 提单在跟单信用证机制中的作用和问题

(1) 倒签提单和预借提单

倒签提单是提单中注明的装船日期早于实际装船的日期。倒签提单是种欺诈行为，为这种行为出具保函是无效的。承运人倒签了提单，实际隐瞒了迟延交货的责任，应对收货人承担责任。

预借提单是指货物尚未装船，而信用证规定的有效期即将届满，托运人要求船方签发的符合信用证规定装船日期的已装船提单。

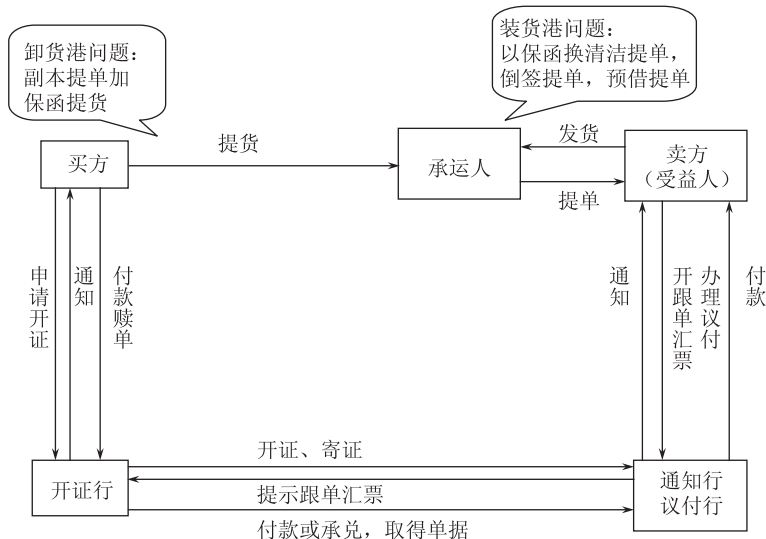
注意：区别倒签提单和预借提单的关键是看货物是否已经装船。

(2) 以保函加副本提单提货

司法实践中对副本提单加保函的提货方式，区别善意和恶意保函。如果提货人不是货



跟单信用证付款的流转程序和问题如下图所示。



A. 延迟装货是因为不可抗力，因此承运人对延迟不负责任  
B. 承运人的行为是倒签提单，承运人应对此承担责任  
C. 承运人倒签提单是应托运人的要求，因此不应承担任何责任

165



D. 承运人的行为是预借提单，承运人应对此承担责任

3. (1999-1-48)<sup>①</sup> 深圳甲公司从日本购进线钢 4500 公吨，价格条件为 CIF 广州。由于短途运输和船速较快，该批货物先于提单到达了目的港。深圳甲公司凭副本提单加自己签署的保函提取了货物，之后该公司未去银行付款赎单。银行于是向承运人提出了索赔要求。下列关于本案的主张有哪些是正确的？

- A. 承运人可以凭副本提单加保函向深圳公司交货
- B. 承运人应当赔偿银行的损失
- C. 承运人应凭正本提单向收货人交货
- D. 承运人与银行没有关系，不应承担任何责任

4. (1999-1-55)<sup>②</sup> 在信用证支付方式中，除信用证明确规定可以接受外，银行办理结汇时一般拒绝接受下列哪几种提单？

- A. 不清洁提单
- B. 收货待运提单
- C. 已装船提单
- D. 清洁提单

5. (2002-1-71)<sup>③</sup> 在国际海上货物运输中，如承运人签发的是指示提单，下列关于该提单的表述中哪些是正确的？

- A. 提单正面载明了收货人的名称
- B. 提单在转让时不需要背书，只要将提单交给受让人即可
- C. 提单的转让必须经过背书
- D. 提单中的收货人一栏没有具体的收货人名称，而是载明“凭指示”的字样

6. (2002-1-99)<sup>④</sup> 中国甲公司与美国乙公司于 1999 年 10 月 2 日以 FOB 天津价格条件签订了从中国向美国出口一批纽约唐人街华人所需春节用产品的合同，乙公司通过银行开出信用证规定的装船日期为 1999 年 12 月 10 日至 31 日天津装运。乙公司所订船舶在来天津的途中与他船相碰，经修理于 2000 年 1 月 20 日才完成装船。甲公司在出具保函的情况下换取了承运人签发的注明 1999 年 12 月 31 日装船的提单。船舶延迟到达目的港纽约，造成收货人丙公司与一系列需方签订的供货合同均延迟履行，并导致一些需方公司向丙公司提出了索赔。丙公司赔偿了提出索赔要求的需方后转而向承运人提出了索赔。对于该案，下列选项哪些是正确的？

- A. 本案承运人签发的提单属于倒签提单
- B. 承运人应赔偿收货人丙公司的损失
- C. 丙公司应向保险人提出索赔
- D. 本案货物的风险自装运港船舷由卖方转移给买方

7. (2005-1-43)<sup>⑤</sup> 土耳其甲公司（卖方）与泰国乙公司（买方）订立一货物买卖合同。乙公司申请开出的不可撤销信用证规定装船时间为 2003 年 5 月 10 日前，而甲公司由于货源上的原因，最早要到 2003 年 5 月 15 日才能备齐货物并装船付运。下列哪一种做法是甲公司应采取的正确处理方法？

- 
- ① BC。
  - ② AB。
  - ③ CD。
  - ④ ABD。
  - ⑤ C。

- A. 直接请求开证行修改信用证
- B. 通过提供保函要求承运人倒签提单
- C. 征得乙公司同意、由乙公司请求开证行修改信用证
- D. 通过提供保函要求承运人预借提单

8. (2007-1-44)<sup>①</sup> 海运单是 20 世纪 70 年代以来,随着集装箱运输的发展,特别是航程较短的运输中产生出来的一种运输单证。关于海运单,下列哪一选项是正确的?

- A. 海运单是一种可流通的书面运输单证
- B. 海运单不具有证明海上运输合同存在的作用
- C. 第三方以非法的方式取得海运单时无权提取货物
- D. 海运单具有物权凭证的特征,收货人凭海运单提取货物

9. (2009-1-41)<sup>②</sup> 甲公司依运输合同承运一批从某国进口中国的食品,当正本提单持有人乙公司持正本提单提货时,发现货物已由丙公司以副本提单加保函提走。依我国相关法律规定,下列哪一选项是正确的?

- A. 无正本提单交付货物的民事责任应适用交货地法律
- B. 乙公司可以要求甲公司承担违约责任或侵权责任
- C. 甲公司对因无正本提单交货造成的损失按货物的成本赔偿
- D. 丙公司提走了货物,不能要求甲公司承担责任

## 考点二 调整班轮运输的国际公约

### 考点解析

目前调整班轮运输的国际公约主要有三个,即《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》。中国未参加上述三个公约,但中国的海商法在有关班轮运输的法律规定上是以海牙-维斯比体系为基础的,同时还吸收了《汉堡规则》的内容。

### (一)《海牙规则》

#### 1. 承运人的最低限度的义务

- (1) 适航义务(开航前和开航时);
- (2) 管货义务(适当和谨慎地装载、操作、积载、运送、保管、照料和卸载货物)。

#### 2. 承运人的责任期间

钩至钩。

#### 3. 承运人的免责

- (1) 船长、船员、引水员或承运人的雇用人在驾驶或管理船舶中的行为、疏忽或不履行职责(航行过失免责);
- (2) 火灾,但由于承运人实际过失或私谋所造成者除外;
- (3) 海上或其他可航水域的风险、危险或意外事故;
- (4) 天灾;

<sup>①</sup> C。

<sup>②</sup> B。



- (5) 战争行为;
- (6) 公敌行为;
- (7) 君主、统治者或人民的扣留或拘禁或依法扣押;
- (8) 检疫限制;
- (9) 货物托运人或货主、其代理人或代表的作为或不作为;
- (10) 不论由于何种原因引起的局部或全部的罢工、关厂、停工或劳动力受到限制;
- (11) 暴乱和民变;
- (12) 救助或企图救助海上人命或财产;
- (13) 由于货物的固有瑕疵、性质或缺陷所造成的容积或重量的损失, 或任何其他灭失或损害;
- (14) 包装不当;
- (15) 标志不清或不当;
- (16) 尽适当的谨慎所不能发现的潜在缺陷;
- (17) 不是由于承运人的实际过失或私谋, 或承运人的代理人或受雇人员的过失或疏忽所引起的任何其他原因。

注意: 承运人负不完全过失责任。

#### 4. 赔偿责任限额

承运人对货物的灭失或损失的赔偿责任, 在任何情况下每件或每单位不得超过 100 英镑。

#### 5. 托运人的义务和责任

公约规定托运人应对其所提供的资料不正确所造成的损失负赔偿责任。

#### 6. 索赔通知与诉讼时效

收货人在提货时应检查货物, 如发现短缺或残损, 应立即向承运人提出索赔。如残损不明显, 则在 3 日内提出索赔通知。如在提货时或提货后 3 日内没有提出索赔通知, 就是交货时货物的表面状况良好的初步证据。货方对承运人或船舶提起货物灭失或损害赔偿的诉讼时效为 1 年, 至货物交付之日起算, 在货物灭失的情况下, 自货物应交付之日起算。

### (二)《维斯比规则》

该规则的主要内容如下。

#### 1. 明确规定提单对于善意受让人是最终证据

#### 2. 承运人的责任限额

《维斯比规则》采用了双重限额制, 即承运人对货物的灭失或损害责任以每件或每单位 1 万金法郎或每公斤 30 金法郎为限, 两者以高者计。1979 年修订《海牙-维斯比规则》的议定书, 旨在将承运人的责任限额计算单位由金法郎改为特别提款权, 按 15 金法郎等于 1 特别提款权计算, 承运人的责任限额为每件或每单位 666.67 特别提款权, 或按货物毛重每公斤 2 特别提款权计算, 两者之中以较高者为准。

#### 3. 承运人的雇用索赔人或代理人的责任限制

对承运人提起的货损诉讼, 无论是以合同为依据, 还是以侵权行为为依据, 均可以适用责任限制的规定; 承运人的雇用人或代理人也可以享受责任限制的保护。

#### 4. 诉讼时效

诉讼时效为 1 年, 双方协商, 可以延长时效; 对第三者的追偿诉讼, 在 1 年的诉讼时



效期满后，仍有3个月的宽限期。

## 5. 公约的适用范围

《海牙规则》仅适用于在缔约国签发的提单，《维斯比规则》将其适用范围扩大了，规定有下列情况之一，即可适用该公约：提单在缔约国签发；从一个缔约国的港口起运；提单中列有首要条款。

### （三）《汉堡规则》

#### 1. 承运人的责任基础

完全的过失责任制，取消了承运人对航行过失的免责，同时还采用了推定过失责任制，即在货损发生后，先推定承运人有过失，如承运人主张自己无过失，则必须承担举证的责任。

#### 2. 承运人的免责

取消了承运人对船长、船员等在驾驶船舶或管理船舶及火灾中的过失免责，但在火灾的举证责任上进行了妥协。依规定，火灾的举证方在货方。但是当船舶在航行途中时发生的火灾，货方是很难举证的，因而，可以说承运人仍然可以间接享受到火灾的免责。

#### 3. 承运人延迟交货的责任

承运人对延迟交货的赔偿责任限额为迟交货物应付运费2.5倍，但不应超过应付运费的总额（《海牙规则》没有规定）。

#### 4. 承运人的责任期间

货物在装货港、运送途中和卸货港在承运人掌管下的全部期间，俗称“仓至仓”或者“收到交”。

#### 5. 承运人的责任限额

规定每件或每单位835特别提款权（SDR），或每公斤2.5特别提款权，以高者为准。

#### 6. 关于保函的效力

《汉堡规则》第一次在一定范围内承认了保函的效力，公约规定：托运人为了换取清洁提单可向承运人出具保函，但保函只在托运人与承运人之间有效。如保函有欺诈意图，则保函无效，承运人应赔偿第三者的损失，且不能享受责任限制。

#### 7. 货物的适用范围

《海牙规则》不适用于舱面货和活牲畜。关于舱面货，《汉堡规则》规定，承运人依协议、惯例、法律的要求，有权在舱面装货，否则承运人应对将货物装在舱面上造成的损失负赔偿责任。关于活牲畜，公约规定，活牲畜的受损如是因其固有的特殊风险造成的，承运人可以免责，但承运人须证明已按托运人的特别指示办理了与货物有关的事宜。

#### 8. 索赔通知和诉讼时效

《汉堡规则》规定，索赔通知应在收货后的第一个工作日内提交。在损害不明显时，在收货后15日内提交。延迟交付的索赔通知应在收到货后连续60天内提交。公约规定的诉讼时效为2年。此外，承运人向收货人赔付后在向第三方追偿时，可以协议延长时效，即打破2年的期限。

#### 9. 公约的适用范围

依公约第2条的规定，公约适用于两个不同国家之间的海上运输合同。并且：

- （1）提单或作为海上运输合同证明的其他单证在某一缔约国签发。
- （2）提单或作为海上运输合同证明的其他单证中载有适用《汉堡规则》或采纳该规



则的任何国内法的首要条款。

(3) 装货港或卸货港或备选卸货港位于缔约国。

(4) 公约不适用于租船合同，但适用于租船合同项下的提单。

具体三个公约以及我国《海商法》的区别，参见下表。

	海牙	维斯比	汉堡	海商法
责任基础	不完全过失责任 (有航行过失免责)		完全的推定过失责任 (无航行过失免责)	不完全过失责任 (有航行过失免责)
承运人基本义务	适航 (开航前, 开航时) 管货		承运人对灭失、损坏以及延迟交付所造成的损失负赔偿责任	适航 (开航前, 开航时) 管货
迟延交付责任	无		未在约定的时间交付, 运费的 2.5 倍, 但不超过运费总额	未在约定的时间交付, 相当于运费
责任期间	钩至钩		收到交	非集: 钩至钩集: 收到交
责任限额	100 英镑/件	666.67SDR/件, 2SDR/kg 以高者为准	835 SDR/件, 2.5 SDR/kg 以高者为准	666.67SDR/件, 2SDR/kg 以高者为准
索赔时效	提货时发现: 当时损坏不明显: 3 日内		提货时发现: 次日 损坏不明显: 15 日内 迟延交货: 60 日	提货时发现: 当时损坏不明显: 非集: 7 日 集: 15 日 迟延交货: 60 日
诉讼时效	一年	一年 (协商可延长)	两年 (协商可延长)	一年

## 真题演练

1. (2002-1-26)①《海牙规则》的规定，下列有关承运人适航义务的表述中哪个是错误的？

- A. 承运人应在整个航程中使船舶处于适航状态
- B. 承运人应在开航前与开航时谨慎处理使船舶处于适航状态
- C. 承运人应适当地配备船员、设备和船舶供应品
- D. 承运人应使货舱、冷藏舱和该船其他运载货物的部位适宜并能安全地收受、运送和保管货物

2. (2003-1-68)② A 国某公司以 CIF 价与中国某公司签订了向中国出口食品 2000 箱的合同，A 国公司在货物装运后，凭已装船清洁提单和已投保一切险及战争险的保险单，向银行办理了结汇，货到目的港后经复验发现，该批货物中的 342 箱食品所含的沙门氏细菌超过进口国的标准，中国公司只实收 1995 箱货物，短少 5 箱。下列选项哪些说法是正确的？

- A. 对于细菌超过标准的货物，中国公司应向 A 国公司索赔
- B. 对短少的货物，中国公司应向 A 国公司索赔
- C. 对短少的货物，中国公司应向承运人索赔

① A。

② AC。







D. 对细菌超过标准的货物, 中国公司可以要求减少价金, 但不能要求损害赔偿

3. (2004-1-41)<sup>①</sup> 甲国 A 公司(买方)与乙国 B 公司(卖方)签订一进口水果合同, 价格条件为 CFR, 装运港的检验证书作为议付货款的依据, 但约定买方在目的港有复验权。货物在装运港检验合格后交由 C 公司运输。由于乙国当时发生疫情, 船舶到达甲国目的港外时, 甲国有关当局对船舶进行了熏蒸消毒, 该工作进行了数天。之后, A 公司在目的港复验时发现该批水果已全部腐烂。依据《海牙规则》及有关国际公约, 下列哪一选项是正确的?

A. C 公司可以免责

B. A 公司应向 B 公司提出索赔, 因为其提供的货物与合同不符

C. A 公司应向 C 公司提出索赔, 因为其没有尽到保管货物的责任

D. A 公司应向 B 公司提出索赔, 因为其没有履行适当安排保险的义务

4. (2004-1-94)<sup>②</sup> 中国某公司向欧洲出口啤酒花一批, 价格条件是每公吨 CIF 安特卫普 × × 欧元。货物由中国人民保险公司承保, 由“罗尔西”轮承运, 船方在收货后签发了清洁提单。货到目的港后发现啤酒花变质, 颜色变成深棕色。经在目的港进行的联合检验, 发现货物外包装完整, 无受潮受损迹象。经分析认为该批货物是在尚未充分干燥或温度过高的情况下进行的包装, 以至在运输中发酵造成变质。据此, 下列表述何者为正确?

A. 收货人应向承运人索赔, 因为其签发了清洁提单

B. 收货人应向发货人索赔, 因为该批货物在装船前就有品质问题

C. 承运人对变质可以不承担责任, 因为承运人对于货物的固有缺陷可以免责

D. 承运人对变质应承担赔偿责任, 因为承运人在运输中有谨慎管理货物的义务

5. (2006-1-46)<sup>③</sup> 关于海上货物运输中的迟延交货责任, 下列哪一表述是正确的?

A. 《海牙规则》明确规定承运人对迟延交付可以免责

B. 《维斯比规则》明确规定了承运人迟延交付的责任

C. 《汉堡规则》只规定了未在约定时间内交付为迟延交付

D. 《汉堡规则》规定迟延交付的赔偿为迟交货物运费的 2.5 倍, 但不应超过应付运费的总额

6. (四川 2008-1-44)<sup>④</sup> 根据 1924 年《海牙规则》的规定, 在航行过程中遭受的下列损失, 承运人不可免责的是哪一项?

A. 不论何种原因引起的局部或全面罢工或停工而造成的货物的损失

B. 承运人为多装货物, 下令将船上的救火设施拆除, 在航运途中船舶失火造成的货物烧毁的损失

C. 承运的货物因本身湿度过大而发生霉变造成的损失

D. 航行途中, 船长超速驾驶, 结果船舶触礁货舱进水造成的货物湿损

① A。

② BC。

③ D。

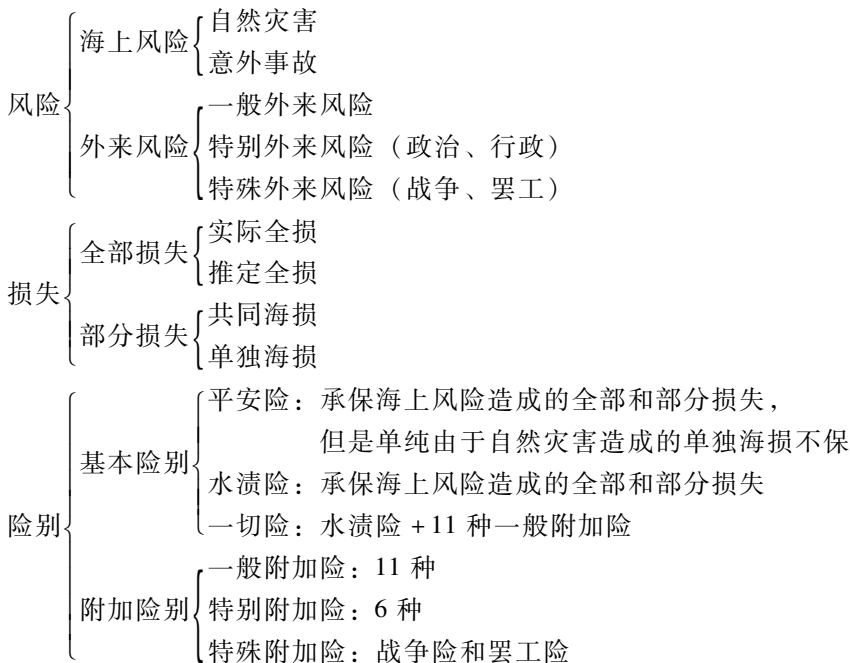
④ B。

## 第十七讲 国际货物运输保险

### 【本讲概要】

理解：海上货物运输保险主要险别与附加险别。

#### 知识结构图



### 考点一

### 几组重要概念

#### 考点解析

##### 1. 海上风险和外来风险

(1) 海上风险包括海上发生的自然灾害和意外事故。①自然灾害是指不以人的意志为转移的自然力量所引起的灾害，比如海啸、地震等。②意外事故是指运输工具遭遇碰撞、失火、搁浅、沉没、爆炸等非意料中的事故。

(2) 外来风险是指海上风险以外的，与海水和运输工具不相联系的其他外来原因所造成的风险。又可分为一般外来风险和特殊外来风险。①一般外来风险是指运输途中，由于偷窃、短量、雨淋、沾污、渗漏、破碎、受热受潮、串味等原因造成的风险。②特殊外来风险是指由于军事、政治、国家政策法律等特殊外来原因造成的风险。如战争、罢工、扣船等导致不能交货或海关当局禁止进口或没收等风险。



## 2. 实际全损和推定全损

(1) 实际全损通常是指保险标的物在保险事故中完全灭失或损坏。

(2) 推定全损是货物发生事故后,认为实际全损已经不可避免,或者为避免发生实际全损所需支付的费用超过保险价值的。

## 3. 共同海损和单独海损

共同海损三个要件:

(1) 船货遭遇共同危险

(2) 为共同安全、有意、合理采取措施

(3) 直接造成的特殊牺牲,支付的特殊费用

注意:共同海损的牺牲主要包括船舶、货物、运费的损失;费用主要包括第三方救助费、避难港费用、临时或必要修理费等。

单独海损是指货物发生的部分损失中不属于共同海损的损失。单独海损不能分摊,只能由受损方自己承担。共同海损可以由受益各方分摊。

## 4. 委付和代位求偿

委付是指当保险发生推定全损时,被保险人以向保险人放弃标的物所有权为条件要求全损赔偿的表示。委付是海上保险中特有的概念。保险公司可以接受委付,也可以拒绝委付,但一经接受就不得撤回。

代位求偿权是指保险人享有的,代位行使被保险人对造成保险标的损害负有赔偿责任的第三方之索赔求偿的权利。

### 真题演练

1. (1998-1-75)<sup>①</sup> 某国远洋货轮“亚历山大号”满载货物从S港起航,途中遇飓风,货轮触礁货物损失惨重。货主向其投保的保险公司发生委付通知。在此情况下,该保险公司可以选择的处理方法是什么?

A. 必须接受委付

B. 拒绝接受委付

C. 先接受委付,然后撤回

D. 接受委付,不得撤回

2. (2000-1-74)<sup>②</sup> 下列关于委付和代位求偿权关系的提法哪些是正确的?

A. 委付适用于推定全损,而代位应适用于全损或部分损失

B. 委付转让的中保险标的的所有权及其他相关的权利义务,而代位是向第三者追偿的权利

C. 委付仅适用于海上货物运输保险,而代位适用于所有类型的货物运输保险

D. 委付是保险人取得保险标的的所有权后,向被保险人支付保险赔款,而代位是以保险人向被保险人支付赔偿为前提

### 考点二

## 国际海洋货物运输保险条款

### 考点解析

#### 1. 海洋货物运输保险的主要险别

主要险别是指可以独立承保,不需要附加在其他险别项下的险别,我国人保的海运保

<sup>①</sup> BD。

<sup>②</sup> ABCD。

险有以下三种：

(1) 平安险，英文意思为“单独海损不赔”。保险责任包括：①由于运输途中遭遇自然灾害造成货物的全部损失，包括实际全损和推定全损。②由于运输工具遭受意外事故造成货物的全部或部分损失。③在运输工具遭受意外事故的情况下，此前或此后因自然灾害造成货物的部分损失。④在装卸或转运时由于整件货物落海造成的全部或部分损失。⑤被保险人对发生承保危险的货物采取措施进行抢救、防止或减少损失，为此支付的合理费用，但金额不超过被救货物的保险金额。⑥运输工具遭遇海难后在避难港和中途港花费的特别费用。⑦共同海损的牺牲、分摊和救助费用。⑧因运输合同中的“船舶互撞责任”条款而应由货方还给船方的损失。

(2) 水渍险，比平安险增加承保“由于运输途中遭遇自然灾害造成的货物部分损失”。

(3) 一切险，比水渍险增加承保所有的一般附加险。一切险的除外责任：①被保险人故意行为或过失造成的损失；②发货人责任；③保险责任开始前，被保险货物已存在的品质不良或数量短差所造成的损失；④被保险货物的自然损耗、本质缺陷、特性及市价跌落、运输延迟引起的损失和费用；⑤海洋运输货物战争险条款和货物运输罢工险条款规定的责任范围和除外责任。

## 2. 海洋货物运输保险的附加险别

一般附加险：①偷窃、提货不着险；②淡水雨淋险；③短量险；④混杂、沾污险；⑤渗漏险；⑥碰撞、破碎险；⑦串味异味险；⑧受潮受热险；⑨钩损险；⑩包装破裂险；⑪锈损险。

需要注意，如果已经投保了一切险，就意味着同时投保了上述所有的一般附加险，无须再额外投保。

## 3. 特别附加险

- (1) 交货不到险；
- (2) 进口关税险；
- (3) 舱面险；
- (4) 拒收险；
- (5) 黄曲霉素险；
- (6) 出口货物到香港或澳门存仓火险。

## 4. 特殊附加险

- (1) 战争险；
- (2) 罢工险。

## 真题演练

1. (2000-1-95~97) 1994年6月12日，中国天宏进出口公司受我国某蜡烛生产企业的委托与瑞典天使贸易公司签订了出口一批蜡烛的合同。合同约定与本合同有关的争议适用瑞典法律。主要成交条件是：CIF 哥登堡每箱32美元，9月装船。1994年7月20日，该批蜡烛7500箱经中国商检商门检验合格后装上了某远洋公司的“Qimen”轮上，鉴于蜡烛如放在40℃左右的地方时间一长会变形，因此托运人指示承运人在运输中应注意适当通风。承运人收货后签发了清洁提单。依合同约定的贸易条件，中国方公司向中国人民保险公司投保了一切险。在运输途中“Qimen”轮与一日本籍“海城丸”号发生碰撞，导致



一货舱进水,使装于该货舱的700箱蜡烛及其他货物湿损。为修理该船以便继续航行,该轮开进附近的避难港,并发生了避难港费用和必要的船舶修理费用。“Qimen”到达目的港后,收货人发现余下的6800箱蜡烛已变形,不能用于正常的目的,收货人只能按市价30%出售,经查蜡烛变形是运输中未适当通风导致温度过高所致。请回答95~97题。

95. ① 中国天宏进出口公司与我国某蜡烛生产企业是什么关系?

- A. 货运代理关系
- B. 船务代理关系
- C. 外贸代理关系
- D. 买卖合同关系

96. ② 本案有关贸易合同的争议应适用下列何国法或公约?

- A. 中国法
- B. 瑞典法
- C. 日本法
- D. 《联合国国际货物销售合同公约》

97. ③ 依《海牙规则》的规定,关于700箱湿损的货物,下列选项正确的是:

- A. 应由收货人向承运人提出索赔,因为是船舶的碰撞引起的湿损
- B. 应由收货人向发货人提出索赔,因为货物是在装船前损的
- C. 应由收货人向保险人提出索赔,因为承运人有航行过失免责
- D. 应由发货人向保险人提出索赔,因为发货人是投保人

2. (2000-1-98) ④ 依《海牙规则》,关于6800箱变形的蜡烛,下列选项正确的是:

- A. 承运人不应赔偿收货人的损失,因为承运人有过失免责
- B. 承运人应当赔偿收货人的损失,因为承运人负有管货责任
- C. 如果承运人拒绝赔偿,收货人可以向保险人提出索赔请求
- D. 收货人不应向发货人索赔,因为货损是在运输途中发生的

3. (2000-1-99) ⑤ 在承运人拒绝赔偿收货人6800箱货物,而保险公司赔偿了收货人的情况下,依《中华人民共和国海事特别程序法》的规定,保险人应以下列什么名义行使代位求偿权?

- A. 以收货人的名义
- B. 以保险公司的名义
- C. 以被保险人的名义
- D. 以发货人的名义

4. (2000-1-100) ⑥ 关于避难港费用和必要的船舶修理费用,下列选项正确的是:

- A. 避难港费用是为船货各方共同的利益而发生的,应由受益的各方来分摊
- B. 船舶的修理费用是为船方利益而发生的,应由船方来承担
- C. 船舶的修理费用是为安全完成本航程而发生的,应由受益的各方来分摊
- D. 避难港费用是为船方的利益而发生的,应由船方来承担

5. (2002-1-25) ⑦ 下列哪一损失不属于中国人民保险公司海洋运输货物保险中平安险承保的责任范围?

- A. 被保险货物在运输途中由于自然灾害造成的货物的全部损失
- B. 被保险货物在运输途中由于意外事故造成的货物的全部损失

- ① C。
- ② B。
- ③ C。
- ④ BCD。
- ⑤ B。
- ⑥ AC。
- ⑦ D。





C. 被保险货物在运输途中由于意外事故造成的货物的部分损失

D. 被保险货物在运输途中由于自然灾害造成的货物的部分损失

6. (2003-1-72)<sup>①</sup> 一批投保了海洋运输货物险“一切险”的货物发生了损失。在此情况下,下列选项中哪些事故原因可使保险公司不承担赔偿责任?

A. 货物损失是发货人在发运货物前包装不当造成的

B. 货物损失是由于货物在装船前已经有虫卵,运输途中孵化而导致的

C. 货物损失是由于运输迟延引起的

D. 货物损失是由于承运人驾驶船舶过失造成的

7. (2004-1-45)<sup>②</sup> 平安险是中国人民保险公司海洋货物运输保障的主要险别之一。下列哪一损失不能包括在平安险的责任范围之内?

A. 被保险货物在运输途中由于自然灾害造成的全部损失

B. 被保险货物在运输途中由于自然灾害造成的部分损失

C. 共同海损的牺牲、分摊

D. 共同海损的救助费用

8. (2007-1-46)<sup>③</sup> 中国甲公司与德国乙公司签订了购买成套设备的进口合同。价格条件为 CFR 上海,信用证付款。货物按时装上了承运人所属的利比里亚籍“玛丽”轮,甲公司投保了平安险。“玛丽”轮航行到上海港区时与日本籍“小治丸”轮因双方的过失发生碰撞,致使“玛丽”轮及其货舱中的部分货物受损。基于上述情况,下列哪一选项是正确的?

A. 本案碰撞引起的货损应由甲公司自行承担

B. 依《海牙规则》,“玛丽”轮所有人对过失碰撞引起的货损可以免责

C. 因甲公司投保的是平安险,保险公司对本案碰撞引起的部分货物损失不承担赔偿责任

D. 因已知货物受损,所以即使单证相符,甲公司仍有权要求银行拒付货款

9. (四川 2008-1-87)<sup>④</sup> 中国甲公司与德国乙公司签订服装买卖合同,约定单价每件 30 美元/FOB 青岛。乙公司为该货物的运输向保险公司投保了平安险。对于航行途中发生的下列哪些损失,保险公司应承担赔偿责任?

A. 在运输途中货轮与另一艘船舶相撞造成货损

B. 由于运输延迟造成的货物损失

C. 在运输途中遭遇飓风造成货物全部损失

D. 在装卸时由于一件或整件货物落海造成的部分损失

10. (2009-1-43)<sup>⑤</sup> 中国甲公司 CIF 价向某国乙公司出口一批服装,信用证方式付款,有关运输合同明确约定适用《海牙规则》。甲公司在装船并取得提单后,办理了议付。两天后,甲公司接乙公司来电,称装船的海轮在海上因雷击失火,该批服装全部烧毁。对于上述情况,下列哪一选项是正确的?

A. 乙公司应向保险公司提出索赔

B. 甲公司应向保险公司提出索赔

C. 甲公司应将全部货款退还给乙公司

D. 乙公司应向承运人提出索赔

① ABC。

② B。

③ B。

④ ACD。

⑤ A。



# 第十八讲 国际贸易支付

## 【本讲概要】

理解：托收各方的关系、托收支付中银行的责任与免责。  
熟悉并能够运用：信用证支付的相关原理。

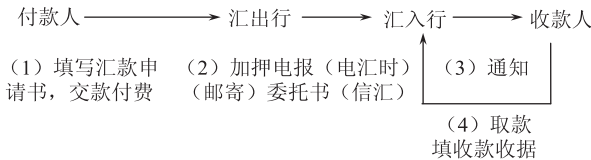
## 考点一 汇付

### 考点解析

汇付是由国际货物买卖合同的买方委托银行主动将货款支付给卖方的结算方式。汇付是建立在商业信用的基础上的，属于顺汇法。汇付的种类分为电汇、信汇、票汇。

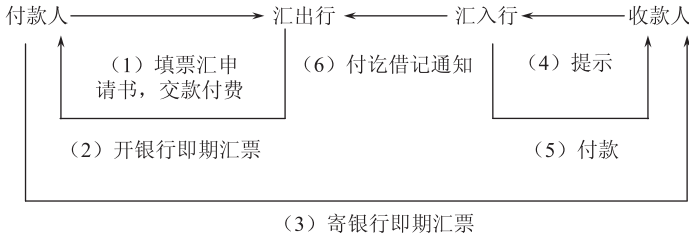
信汇和电汇如下图所示。

（特点：顺汇法，商业信用）（付款人主动付款）



票汇如下图所示。

（顺汇法，商业信用）



## 考点二 托收

### 考点解析

#### 1. 托收的概念

托收是由收款人开立汇票，委托银行向付款人收取货款的结算方式。在托收方式下，信用工具的传递方向和资金流动方向相反，故托收是一种逆汇法。从性质上讲，托收属于商业信用，全凭买方信誉，银行不给予卖方以任何付款保证，所以托收方式对卖方风险

较大。

## 2. 托收的种类

在托收方式下，依汇票是否附有单据分为光票托收和跟单托收。

(1) 光票托收 (Clean Bill Collection)，是指卖方仅开出汇票不附立任何商业单据的托收。光票托收的风险较大，因此，一般只用于样品、佣金、货款尾数等的结算。

(2) 跟单托收 (Documentary Bill Collection)，是指委托人开立附有货运单据的汇票，凭跟单汇票委托银行向付款人收款的托收方式。在国际贸易中，多采取跟单托收。跟单托收又可以分为付款交单和承兑交单。付款交单 (Document against Payment，即 D/P) 指代收行在买方付清货款后才将货运单据交给买方的付款方式。承兑交单 (Document against Acceptance，即 D/A) 是指在开立远期汇票的情况下，代收行在接到跟单汇票后，要求买方对汇票承兑，在买方承兑后，将货运单据交付买方的托收方式。承兑交单对卖方的风险大于付款交单。

## 3. 托收的当事人

托收通常有四方当事人，即委托人、付款人、托收行和代收行。

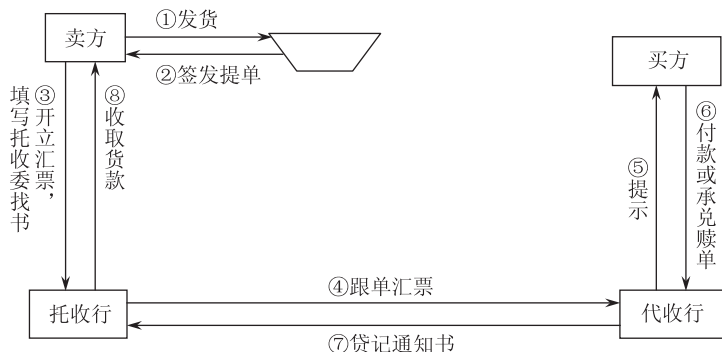
(1) 委托人，是开立汇票委托银行收款的人，即国际贸易中的卖方；

(2) 付款人，即国际贸易中的买方；

(3) 托收行，是接受出票人的委托向国外收取货款的银行，通常为卖方所在地银行；

(4) 代收行，是受托收行的委托，直接向付款人受款的银行，一般为买方所在地银行。

## 4. 托收的程序（如下图所示）



## 5. 托收当事人之间的关系

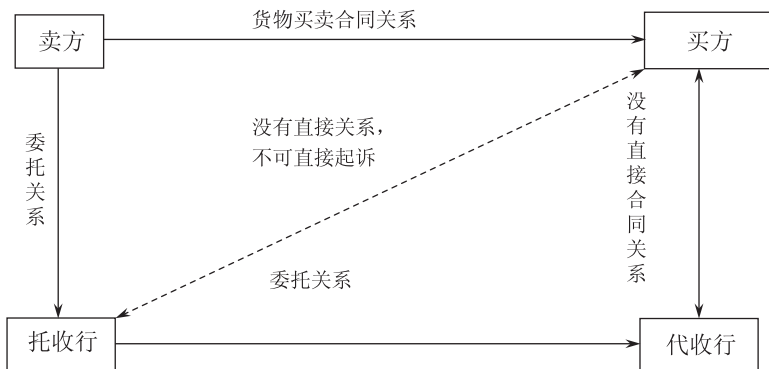
(1) 委托人和托收行之间是委托代理关系。委托人请求委托行代为托收时，须填写一份托收委托书，该委托书就构成双方的代理合同。

(2) 托收行和代收行之间是委托代理关系。他们之间的代理合同由委托指示书、委托书和双方签订的业务互助协议等组成。

(3) 委托人和代收行之间没有直接的合同关系，因此，如果代收行违反托收指示行事导致委托人遭受损失，委托人不能直接对代收行起诉，只能通过托收行追究代收行的责任。

托收当事人之间的关系如下图所示。





## 6. 银行的义务与免责

(1) 银行的义务。根据国际商会在 1995 年修订公布的《商业单据托收统一规则》(UCR522) 的规定, 委托行对托收人, 代收行对委托行负有下列义务:

① 及时提示的义务, 指对即期汇票应毫无迟延的进行付款提示; 对远期汇票必须不迟于规定的日期做付款提示; 当远期汇票必须承兑时, 应毫无迟延的作承兑提示。

② 保证汇票和装运单据与托收指示书的表面一致, 如发现任何单据有遗漏, 应立即通知发出指示书的一方。

③ 对于收到的款项, 在扣除必要的手续费和其他费用后, 必须按照指示书的规定无迟延的交付本人。

④ 无迟延的通知托收结果, 包括付款、承兑、拒绝承兑或拒绝付款等。

(2) 银行的免责。由于托收属于商业信用而非银行信用, 银行对货款能否支付不负任何责任, 其地位严格限于代理人, 故《统一托收规则》规定了银行不承担责任的情况, 主要包括:

① 银行只需核实单据在表面上与托收指示书一致, 此外没有进一步检验单据的义务。

② 与托收行有关的银行对于由于任何通知、信件或单据在寄送途中发生延误或失落所造成的一切后果, 或对电报、电传、电子传送系统在传送中发生延误、残损和其他错误、或对专门性技术术语在翻译上和解释上的错误, 概不负责。

③ 与托收有关的银行对由于天灾、暴动、骚乱、战争或银行本身无法控制的任何其他原因, 或对由于罢工或停工致使银行营业间断所造成的一切后果, 概不负责 (不可抗力免责)。

④ 除非事先征得银行同意, 货物不应直接运交银行或以银行为收货人, 否则银行无义务提取货物。银行对于跟单托收项下的货物无义务采取任何措施。

⑤ 在汇票被拒绝承兑或拒绝付款时, 若托收指示书上无特别指示, 银行没有制作拒绝证书的义务。

注意: 托收是一种商业信用, 买方不付款, 银行没有责任。UCR522 是国际商业惯例。对卖方来说, 承兑交单托收的风险大于付款交单托收的风险。

1. (2003-1-96)<sup>①</sup> 中国甲公司与英国乙公司订有一笔货物销售合同, 约定以跟单托收方式结算。甲公司交运货物后, 开立了以乙公司为付款人的见票即付汇票, 并附随单据, 交由中国银行某省分行通过中国银行伦敦分行向乙公司收款。下列何种表述是错误的?

- A. 中国银行某省分行是托收行, 中国银行伦敦分行为代收行
- B. 中国银行某省分行与中国银行伦敦分行之间是委托关系
- C. 如果中国银行伦敦分行违反托收指示行事, 导致甲公司遭受损失, 甲公司可以直接对其起诉
- D. 中国银行伦敦分行与乙公司之间没有法律上的直接关系

2. (2004-1-76)<sup>②</sup> 中国太宏公司与法国莱昂公司签订了出口 1 000 吨水果的合同, 价格术语为 CFR 里昂, 规定货物可以有 6% 的溢短装, 付款方式为银行托收, 付款交单 (D/P)。卖方实际装船 995 吨, 船长签发了清洁提单。货到目的港后经法国莱昂公司验收后发现水果总重短少 8%, 且水果的质量也与合同规定不符。法国公司拒绝付款提货, 并要求减价。后来水果全部腐烂。关于本案, 依国际商会《托收统一规则》, 下列选项哪些是正确的?

- A. 当法国莱昂公司拒绝付款赎单时, 代收行应当主动提货以减少损失
- B. 当法国莱昂公司拒付时, 代收行应当主动制作拒绝证书, 以便收款人追索
- C. 如损失是因代收行没有执行托收行的指示造成的, 托收行无须向委托人承担责任
- D. 本案采用的是跟单托收的付款方式

3. (2008-1-44)<sup>③</sup> 修帕公司与维塞公司签订了出口 200 吨农产品的合同, 付款采用托收方式。船长签发了清洁提单。货到目的港后经检验发现货物质量与合同规定不符, 维塞公司拒绝付款提货, 并要求减价。后该批农产品全部变质。根据国际商会《托收统一规则》, 下列哪一选项是正确的?

- A. 如代收行未执行托收行的指示, 托收行应对因此造成的损失对修帕公司承担责任
- B. 当维塞公司拒付时, 代收行应当主动制作拒绝证书, 以便收款人追索
- C. 代收行应无延误地向托收行通知维塞公司拒绝付款的情况
- D. 当维塞公司拒绝提货时, 代收行应当主动提货以减少损失

### 考点三 信用证

#### 考点解析

##### (一) 信用证的概念

信用证是银行应国际贸易合同中的买方的申请向卖方开立的, 承诺其在一定条件下承担付款责任的书面凭证。信用证支付是在托收的基础上演变而来的一种比较完善的逆汇方式。它以银行信用代替商业信用。适用于信用证的国际惯例是国际商会在 1930 年制定的

- ① C。
- ② CD。
- ③ C。



《跟单信用证统一惯例》，目前使用的是2007年的修订本，统称为国际商会第600号出版物，简称为UCP600。

UCP600与UCP500的修改主要有以下几点：

(1) 结构上的变化。

(2) 删除了某些条款，规定信用证是不可撤销的。

(3) 新增了某些条款。新增了“兑付”一词概括了开证行、保兑行、指定行在信用证下除议付以外的一切与支付相关的行为。

(4) 进行了某些内容的修改。①关于议付，新的定义明确了议付是对票据及单据的一种买入行为，并明确是对受益人的融资，即预付或承诺预付。②关于单据处理的时间，把原来UCP500规定的不超过收单翌日起第7个工作日，改为，最多为收单翌日起第5个工作日。③拒付后对单据的处理。UCP600规定，拒付后，如果开证行收到申请人放弃不符点的通知，则可以释放单据。④关于转让信用证。UCP600明确了第二受益人的交单必须经过转让行。

## （二）信用证的种类

信用证依不同标准可分为不同的种类：

(1) 可撤销信用证和不可撤销信用证。前者指在有效期内，开证行不必事先通知受益人，即可随时修改或取消的信用证。依UCP600号的规定信用证是不可撤销的。后者指在信用证的有效期内，未经开证行、保兑行和受益人的同意，不可修改或撤销的信用证。不可撤销的信用证对受益人收款比较有保障，在国际贸易中较为通行。

(2) 保兑信用证和不保兑信用证。保兑信用证指开证行开出的信用证又经另一家银行保证兑付的信用证，保兑行在保兑后不得片面撤销其保兑。

(3) 即期信用证和远期信用证。即期信用证指允许受益人开立即期汇票，开证行或议付行见票后即付款的信用证。远期信用证指受益人仅可开立远期汇票，开证行或议付行在汇票指定的付款到期日支付货款的信用证。

(4) 可转让信用证和不可转让信用证。可转让信用证指受益人有权将信用证的全部或部分权利转让给他人的信用证。这种信用证必须注明“可转让”字样。不可转让信用证则与之相反，且未注明“可转让”字样。在国际贸易中，卖方为了保障收取货款的安全，一般不接受可转让信用证。

(5) 跟单信用证和光票信用证。跟单信用证指凭跟单汇票或只凭单据付款的信用证。光票信用证指凭不附单据的汇票付款的信用证。

## （三）信用证的当事人

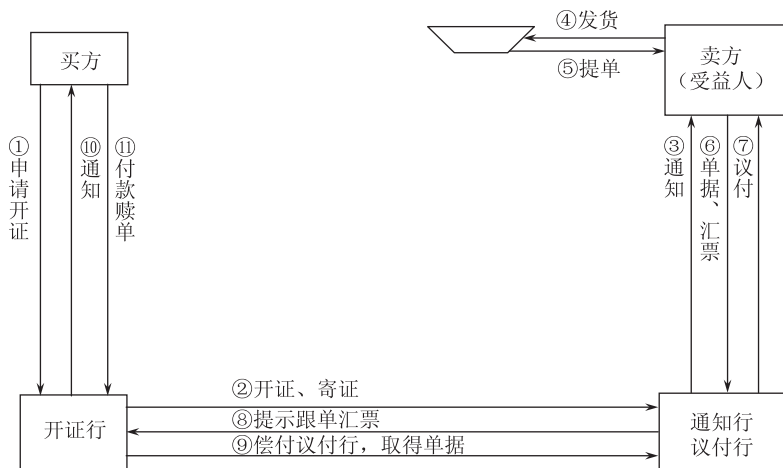
当事人通常有：①开证申请人，即国际货物买卖合同中的买方；②开证行，即接受开证申请开立信用证的银行，通常是进口商所在地的银行；③通知行，即受开证行委托将信用证转交给受益人的银行，通常是出口商所在地的银行；④受益人，即信用证上所指定的有权使用该信用证的出口商；⑤议付行，即愿意买进受益人交来的跟单汇票的银行。议付行可以是通知行；⑥付款行，即信用证上规定的付款银行，通常为开证行；⑦保兑行，即依开证行的请求对信用证保证承兑的银行。

## （四）信用证的流转程序

跟单信用证流程图如下图所示。



前提：买卖合同约定以信用证作为支付方式



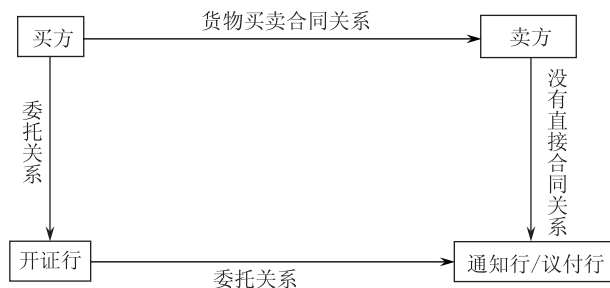
### (五) 信用证当事人之间的关系（如下图所示）

(1) 开证申请人与受益人之间是买卖合同关系。申请开证人是国际贸易合同的买方，受益人即卖方。

(2) 开证行与开证申请人之间、通知行与开证行之间都是委托合同关系。

(3) 开证行与受益人之间的关系是有争议的。一般认为，两者之间的关系依开立的信用证的不同而有所不同。当开立的是可撤销的信用证时，受益人不能从开证行获得任何有约束力的允诺，故二者之间不存在对双方有约束力的合同关系。而在开立不可撤销的信用证的情况下，则当信用证送达受益人时，在开证行和受益人之间即形成对双方有约束力的合同关系。

(4) 通知行与受益人之间不存在合同关系。通知行通知受益人是因其对开证行负有责任，不是因为通知行与受益人之间有合同关系而对受益人负有此责任。



### (六) 银行的责任和免责

#### 1. 银行的责任

依据 UCP600 号的规定：银行必须合理小心的审核信用证规定的一切单据，以确定是否表面与信用证条款相符合。即银行对信用证具有审单的义务，在审单时必须坚持单证相符、单单相符的原则。如受益人提供的单据在表面上与信用证不符，或者单据之间不相符，则银行有权拒绝接受受益人提交的单据，并拒绝付款、承兑或者议付。这里的银行包括付款行、议付行和保兑行。开证行在受到单据时，必须仅以单据为依据，确定单据是否





表面与信用证条款相符，如单据表面与信用证条款不相符，可以拒绝接受。

## 2. 银行的免责

UCP600 号规定了银行免责的情况，主要包括：

(1) 关于单据有效性的免责。银行对任何单据的形式、完整性、准确性、真实性、伪造或法律效力，以及单据上所载的或附加的一般或特殊条件，概不负责。

(2) 关于信息传递和翻译的免责。银行对由于任何消息、信函或单据在传递的过程中发生延误或遗失而引起的后果，或任何电讯在传递过程中发生的延误、残缺或其他错误，概不负责。

(3) 不可抗力的免责。银行对由于天灾、暴动、骚乱、叛乱、战争或本身无法控制的其他原因或任何罢工或停工而中断营业所引起的后果，概不负责。

(4) 关于被指示方行为的免责。为了执行申请人的指示，银行利用其他银行的服务，其费用和 risk 由申请人承担。即使银行自行选择了其他银行，如果发出指示未被执行，开证行或通知行对此亦不负责。

注意：银行的责任是审单：单证相符、单单相符，有四项免责：①单据真伪；②传递失误；③不可抗力；④被指示行为。

## (七) 信用证欺诈及例外原则

由于银行只审查信用证与单据的表面相符，不负责采取进一步的行动单据的真实性，在客观上使欺诈者有机可乘，近年来国际贸易中经常出现信用证欺诈案件。

### 1. 信用证欺诈的种类

(1) 开立假信用证，包括制造假信用证、窃用空白格式信用证、使用假印鉴开具信用证等。

(2) “软条款”信用证，信用证中的“软条款”是指信用证中的一些限制性条款，或规定不清、责任不明的条款。“软条款”使得信用证的不可撤销性大大降低，因而对受益人非常不利，使其处于受制于开证人的地位。信用证中常见的“软条款”有：①信用证暂时不生效的条款。如规定“本信用证暂不生效，待进口许可证签发通知后生效”；②限制性付款条款。如规定“开证行须在货物检验合格后方可支付”；③加列各种限制。如规定“出口货须经开证申请人派员检验，合格后出具检验认可的证书”；④对装运的限制。如规定禁止转船，但实际上装船港与目的港之间并没有直达的船只等；⑤如果卖方发现买方出具的信用证中含有“软条款”，应及时与买方协商，要求改正，对“软条款”不予接受。

(3) 伪造单据，指单据不是由合法的签发人签发的，或已篡改的单据。

以保函换取与信用证相符的提单，以保函换取与信用证相符的提单主要有倒签提单、预借提单以及保函换取清洁提单的情况。详见专题三运输中提单部分。

### 2. 信用证欺诈例外原则

在信用证的支付方式中，严格遵守信用证独立于买卖合同的原则有着重要意义，但由于近年来信用证诈骗案件愈演愈烈，为保护买方的利益，不少国家的立法与判例对欺诈行为提出了相应的处理原则。即在承认信用证独立于买卖合同原则的同时，也承认有例外情况。如果在银行对卖方提交的单据付款或承兑以前，发现或获得确凿的证据，证明卖方确有欺诈行为，买方可请求法院向银行颁发禁止令，禁止银行付款。该原则首先由美国法院在判例中提出，并在美国《统一商法典》中有所体现。此外，在英国、加拿大、新加坡、法国等国的法院判例中也承认了信用证欺诈例外原则。





## （八）《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》中需要注意的内容

1. 该规定第7条规定，接受不符点是开证行的权利。

2. 该规定第8条规定，凡有下列情形之一的，应当认定存在信用证欺诈：

- （1）受益人伪造单据或者提交记载内容虚假的单据；
- （2）受益人恶意不交付货物或者交付的货物无价值；
- （3）受益人和开证申请人或者其他第三方串通提交假单据，而没有真实的基础交易；
- （4）其他进行信用证欺诈的情形。

3. 该规定第10条规定，人民法院认定存在信用证欺诈的，应当裁定中止支付或者判决终止支付信用证项下款项，但有下列情形之一的除外：

- （1）开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款；
- （2）开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承兑；
- （3）保兑行善意地履行了付款义务；
- （4）议付行善意地进行了议付。

4. 该规定第11条规定，当事人在起诉前申请中止支付信用证项下款项符合下列条件的，人民法院应予受理：

- （1）受理申请的人民法院对该信用证纠纷案件享有管辖权；
- （2）申请人提供的证据材料证明存在本规定第八条的情形；
- （3）如不采取中止支付信用证项下款项的措施，将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害；

（4）申请人提供了可靠、充分的担保；

（5）不存在本规定第十条的情形。当事人在诉讼中申请中止支付信用证项下款项的，应当符合前款第（2）、（3）、（4）、（5）项规定的条件。

5. 该规定第12条规定，人民法院接受中止支付信用证项下款项申请后，必须在48小时内作出裁定；裁定中止支付的，应当立即开始执行。人民法院作出中止支付信用证项下款项的裁定，应当列明申请人、被申请人和第三人。

6. 该规定第13条规定，当事人对人民法院作出中止支付信用证项下款项的裁定有异议的，可以在裁定书送达之日起10日内向上一级人民法院申请复议。上一级人民法院应当自收到复议申请之日起10日内作出裁定。复议期间，不停止原裁定的执行。

注意：还要注意以下几个条款。第6条第2款：信用证项下单据与信用证条款之间、单据与单据之间在表面上不完全一致，但并不导致相互之间产生歧义的，不应认定为不符点。第7条第2款：开证行发现信用证项下存在不符点后，可以自行决定是否联系开证申请人接受不符点。开证申请人决定是否接受不符点，并不影响开证行最终决定是否接受不符点。开证行和开证申请人另有约定的除外。第7条第3款：开证行向受益人明确表示接受不符点的，应当承担付款责任。第7条第4款：开证行拒绝接受不符点时，受益人以开证申请人已接受不符点为由要求开证行承担信用证项下付款责任的，人民法院不予支持。

1. (1999 - 1 - 42)<sup>①</sup> 中国甲公司与美国美利公司签订了一出口红枣的合同, 合同约定货物品质为三级, 信用证支付。交货时甲公司因库存三级红枣缺货, 便改装二级货, 并在发票上注明货品二级, 货款仍按原定三级价格计收。在办理议付时, 银行认为发票注明该批货物的品级与信用证规定的三级品级不符, 因而拒绝收单付款。美利公司认为该货有特殊用途, 因而不能接受甲公司交付的二级货, 并主张该公司承担未按合同交货的责任。下列表述哪些是正确的?

- A. 银行可以发票与信用证不符为由拒绝收单付款
- B. 甲公司所交货物品级比合同规定的高, 甲公司不应承担任何责任
- C. 银行不应拒绝收单付款
- D. 本案信用证的受益人为中国甲公司

2. (1999 - 1 - 67)<sup>②</sup> 《跟单信用证统一惯例》(简称 UCP500 号) 对银行的免责作了规定, 下列选项哪些是正确的?

- A. 银行只对单据表面真实性作形式上的审查, 对单据的真实性、有效性不作实质性审查
- B. 银行对单据中货物的描述、价值及存在情况负责
- C. 银行对买卖双方的履约情况概不负责
- D. 信用证开出后, 对于买卖合同的内容的变更、修改或撤销, 除非通知银行, 否则银行概不负责

3. (2000 - 1 - 73)<sup>③</sup> 下列关于“信用证欺诈例外”原则的说法, 哪些是正确的?

- A. 《跟单信用证统一惯例》(UCP500) 对此作出了明确的规定
- B. 它是各国司法实践中确立的原则
- C. 目前世界上在成文法中对“信用证欺诈例外”作出规定的仅有美国的《统一商法典》
- D. 根据美国《统一商法典》的有关规定, 银行对有欺诈嫌疑的单据可以自行确定拒绝付款或承兑

4. (2003 - 1 - 25)<sup>④</sup> 依照《跟单信用证统一惯例》(UCP500 号) 的规定, 下列哪一种情况发生时, 银行可拒绝付款?

- A. 货物的数量与合同的规定不符
- B. 货物的质量与合同的规定不符
- C. 货物在运输途中由于台风灭失
- D. 发票与提单不符

5. (2001 - 1 - 71)<sup>⑤</sup> 载有“软条款”的信用证是对受益人危害极大的信用证, 下列哪些规定应被视为信用证的“软条款”?

- ① AD。
- ② ACD。
- ③ BC。
- ④ D。
- ⑤ ABD。





- A. 本信用证付款以货物经开证申请人或其授权人检验合格并签发检验证书为条件
- B. 本信用证的生效以开证行的另行通知为条件
- C. 受益人在议付时应提交的单据包括出口地商检机构的检验证书
- D. 受益人在议付时应提交开证申请人或其授权代表签署的货运收据, 该签名应与开证行所保留的签名样本相符

6. (2005-1-85)<sup>①</sup> 甲公司作为卖方同乙公司签订出口合同一份, 采用可撤销信用证付款方式。甲公司以前开证行指定的付款行丙银行为付款人开立了汇票, 并凭信用证和有关单据要求丙银行承兑。丙银行承兑后, 开证行撤销该信用证的通知到达丙银行。基于前述事实, 下列哪些表述是正确的?

- A. 丙银行的承兑行为有效
- B. 开证行的撤销行为有效
- C. 甲公司或者其他持票人向丙银行提示付款时, 丙银行有义务付款
- D. 开证行虽已书面通知丙银行撤销信用证, 但仍应向丙银行偿付有关款项

7. (2006-1-45)<sup>②</sup> 2006年初, 甲国X公司(卖方)与中国Y公司(买方)订立货物买卖合同。Y公司向中国某银行申请开出了不可撤销信用证。在合同履行过程中, Y公司派驻甲国的业务人员了解到, 该批货物很可能与合同严重不符且没有价值, 于是紧急通知Y公司总部。Y公司随即向有管辖权的中国法院提出申请, 要求裁定止付信用证项下的款项。依照2005年《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》, 下列哪一表述是错误的?

- A. Y公司须证明存在X公司交付的货物无价值或有其他信用证欺诈行为的事实, 其要求才可能得到支持
- B. 开证行如发现有信用证欺诈事实并认为将会给其造成难以弥补的损害时, 也可以向法院申请中止支付信用证项下的款项
- C. 只有在法院确认国外议付行尚未善意地履行付款义务的情况下, 才能裁定止付信用证项下的款项
- D. 法院接受中止支付信用证项下款项的申请后, 须在48小时内作出裁定

8. (2007-1-85)<sup>③</sup> 2006年国际商会巴黎会议上通过的经修改的《跟单信用证统一惯例》(UCP600)于2007年7月1日实施。下列哪些选项属于UCP600修改或规定的内容?

- A. 直接规定信用证是不可撤销的
- B. 关于议付的新定义明确了议付是对票据及单据的一种售出行为
- C. 规定当开证行确定单证不符时, 可以自行决定联系申请人放弃不符点
- D. 规定银行收到单据后的处理时间为“合理时间”, 不超过收单翌日起的5个工作日

9. (2008-1-87)<sup>④</sup> 根据国际商会《跟单信用证统一惯例》(UCP600)的规定, 如果受益人按照信用证的要求完成对指定银行的交单义务, 出现下列哪些情形时, 开证行应予以承付?

- ① ABCD。
- ② C。
- ③ ACD。
- ④ ABCD。



- A. 信用证规定指定银行议付但其未议付
- B. 信用证规定指定银行延期付款但其未承诺延期付款
- C. 信用证规定指定银行承兑，指定行承兑但到期不付款
- D. 信用证规定指定银行即期付款但其未付款

10. (四川 2008 - 1 - 46)<sup>①</sup> 中国银行应中国某进出口公司的申请，开出以美国某公司为受益人的信用证，同时请求美国大通银行予以保兑。根据《跟单信用证统一惯例》(UCP600) 的规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 大通银行同意保兑使中国银行免除了付款义务
- B. 大通银行同意保兑使中国银行成为了担保行
- C. 大通银行的付款责任独立于中国银行的付款责任
- D. 中国银行仅在大通银行履行了保兑责任后承担付款责任

11. (2009 - 1 - 46)<sup>②</sup> 中国甲公司（买方）与某国乙公司签订仪器买卖合同，付款方式为信用证，中国丙银行为开证行，中国丁银行为甲公司申请开证的保证人，担保合同未约定法律适用。乙公司向信用证指定行提交单据后，指定行善意支付了信用证项下的款项。后甲公司以乙公司伪造单据为由，向中国某法院申请禁止支付令。依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 中国法院可以诈欺为由禁止开证行对外支付
- B. 因指定行已善意支付了信用证项下的款项，中国法院不应禁止中国丙银行对外付款
- C. 如确有证据证明单据为乙公司伪造，中国法院可判决终止支付
- D. 丁银行与甲公司之间的担保关系应适用《跟单信用证统一惯例》规定

---

① C。

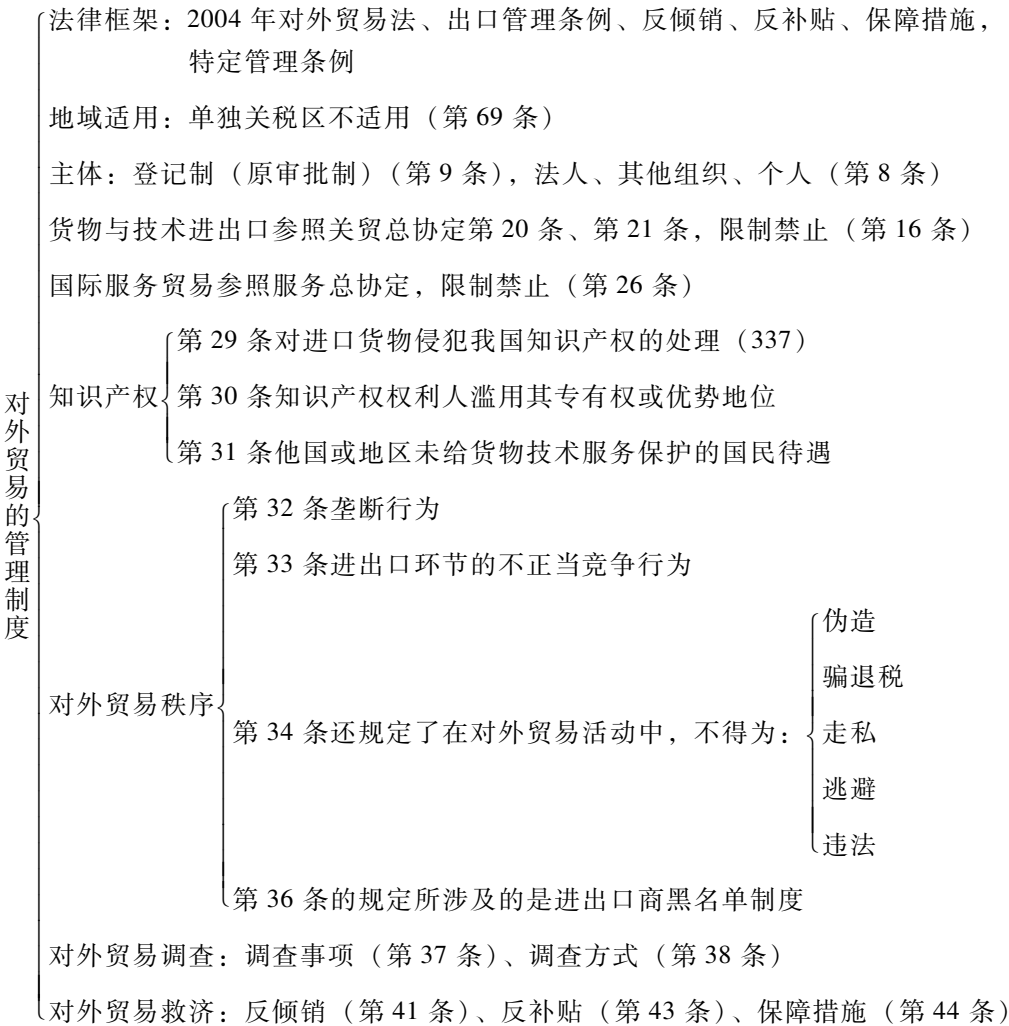
② B。

# 第十九讲 对外贸易的管理制度

【本讲概要】

理解：我国对外贸易管理法的相关内容。  
熟悉并能够运用：反倾销、反补贴、保障措施的相关规定。

知识结构图





重点法条

《对外贸易法》

第二条 本法适用于对外贸易以及与对外贸易有关的知识产权保护。

本法所称对外贸易，是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。

第六条 中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定，给予其他缔约方、参加方最惠国待遇、国民待遇等对待，或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇国民待遇等对待。

第七条 任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的，中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。

第八条 本法所称对外贸易经营者，是指依法办理工商登记或者其他执业手续，依照本法和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。

第九条 从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理备案登记；但是，法律、行政法规和国务院对外贸易主管部门规定不需要备案登记的除外。备案登记的具体办法由国务院对外贸易主管部门规定。对外贸易经营者未按照规定办理备案登记的，海关不予办理进出口货物的报关验放手续。

第十一条 国家可以对部分货物的进出口实行国营贸易管理。实行国营贸易管理货物的进出口业务只能由经授权的企业经营；但是，国家允许部分数量的国营贸易管理货物的进出口业务由非授权企业经营的除外。实行国营贸易管理的货物和经授权经营企业的目录，由国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门确定、调整并公布。违反本条第一款规定，擅自进出口实行国营贸易管理的货物的，海关不予放行。

第十四条 国家准许货物与技术的自由进出口。但是，法律、行政法规另有规定的除外。

第十五条 国务院对外贸易主管部门基于监测进出口情况的需要，可以对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可并公布其目录。

实行自动许可的进出口货物，收货人、发货人在办理海关报关手续前提出自动许可申请的，国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构应当予以许可；未办理自动许可手续的，海关不予放行。

进出口属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

第十六条 国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口：

（一）为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；

（二）为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；





(三) 为实施与黄金或者白银进出口有关的措施, 需要限制或者禁止进口或者出口的;

(四) 国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源, 需要限制或者禁止出口的;

(五) 输往国家或者地区的市场容量有限, 需要限制出口的;

(六) 出口经营秩序出现严重混乱, 需要限制出口的;

(七) 为建立或者加快建立国内特定产业, 需要限制进口的;

(八) 对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的;

(九) 为保障国家国际金融地位和国际收支平衡, 需要限制进口的;

(十) 依照法律、行政法规的规定, 其他需要限制或者禁止进口或者出口的;

(十一) 根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定, 其他需要限制或者禁止进口或者出口的。

第十九条 国家对限制进口或者出口的货物, 实行配额、许可证等方式管理; 对限制进口或者出口的技术, 实行许可证管理。

实行配额、许可证管理的货物、技术, 应当按照国务院规定经国务院对外贸易主管部门或者经其会同国务院其他有关部门许可, 方可进口或者出口。国家对部分进口货物可以实行关税配额管理。

第二十六条 国务院对外经济贸易主管部门和国务院有关部门, 依照本法和其他有关法律、行政法规, 对国际服务贸易进行管理。

第二十九条 国家依照有关知识产权的法律、行政法规, 保护与对外贸易有关的知识产权。进口货物侵犯知识产权, 并危害对外贸易秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取在一定期限内禁止侵权人生产、销售的有关货物进口等措施。

第三十条 知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性一揽子许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一, 并危害对外贸易公平竞争秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

第三十一条 其他国家或者地区在知识产权保护方面未给予中华人民共和国的法人、其他组织或者个人国民待遇, 或者不能对来源于中华人民共和国的货物、技术或者服务提供充分有效的知识产权保护的, 国务院对外贸易主管部门可以依照本法和其他有关法律、行政法规的规定, 并根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约、协定, 对与该国家或者该地区的贸易采取必要的措施。

第三十二条 在对外贸易经营活动中, 不得违反有关反垄断的法律、行政法规的规定实施垄断行为。在对外贸易经营活动中实施垄断行为, 危害市场公平竞争的, 依照有关反垄断的法律、行政法规的规定处理。有前款违法行为, 并危害对外贸易秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

第三十三条 在对外贸易经营活动中, 不得实施以不正当的低价销售商品、串通投标、发布虚假广告、进行商业贿赂等不正当竞争行为。在对外贸易经营活动中实施不正当竞争行为的, 依照有关反不正当竞争的法律、行政法规的规定处理。有前款违法行为, 并危害对外贸易秩序的, 国务院对外贸易主管部门可以采取禁止该经营者有关货物、技术进出口等措施消除危害。

第三十四条 在对外贸易活动中, 不得有下列行为:

(一) 伪造、变造进出口货物原产地标记, 伪造、变造或者买卖进出口货物原产地证

书、进出口许可证、进出口配额证明或者其他进出口证明文件；

(二) 骗取出口退税；

(三) 走私；

(四) 逃避法律、行政法规规定的认证、检验、检疫；

(五) 违反法律、行政法规规定的其他行为。

第三十六条 违反本法规定，危害对外贸易秩序的，国务院对外贸易主管部门可以向社会公告（黑名单制度）。

第三十七条 为了维护对外贸易秩序，国务院对外贸易主管部门可以自行或者会同国务院其他有关部门，依照法律、行政法规的规定对下列事项进行调查：

(一) 货物进出口、技术进出口、国际服务贸易对国内产业及其竞争力的影响；

(二) 有关国家或者地区的贸易壁垒；

(三) 为确定是否应当依法采取反倾销、反补贴或者保障措施等对外贸易救济措施，需要调查的事项；

(四) 规避对外贸易救济措施的行为；

(五) 对外贸易中有关国家安全利益的事项；

(六) 为执行本法第七条、第二十九条第二款、第三十条、第三十一条、第三十二条第三款、第三十三条第三款的规定，需要调查的事项；

(七) 其他影响对外贸易秩序，需要调查的事项。

第三十八条 启动对外贸易调查，由国务院对外贸易主管部门发布公告。

调查可以采取书面问卷、召开听证会、实地调查、委托调查等方式进行。

国务院对外贸易主管部门根据调查结果，提出调查报告或者作出处理裁定，并发布公告。

第三十九条 有关单位和个人应当对对外贸易调查给予配合、协助。

国务院对外贸易主管部门和国务院其他有关部门及其工作人员进行对外贸易调查，对知悉的国家秘密和商业秘密负有保密义务。

第五十三条 国家通过进出口信贷、出口信用保险、出口退税及其他促进对外贸易的方式，发展对外贸易。

第六十九条 中华人民共和国的单独关税区不适用本法。

## 考点解析

1. 《对外贸易法》的修订。我国《对外贸易法》于1994年7月1日生效，2004年4月6日修订，修订案于2004年7月1日实施。《对外贸易法》适用于货物进出口、技术进出口和国际服务贸易的管理。在地域上不适用于中华人民共和国的单独关税区。2004年新修订的《对外贸易法》与原《对外贸易法》相比，新增“与对外贸易有关的知识产权保护”、“对外贸易调查”和“对外贸易救济”等内容。

2. 对外贸易经营者。新修订的《对外贸易法》在对外贸易经营者方面主要有下列修改：

(1) 外贸经营权的获得由原来的审批制改为登记制。

(2) 从事外贸的主体扩大到了自然人。

3. 货物与技术进出口。国家准许货物与技术的自由进出口。但是，法律、行政法规



另有规定的除外。

对货物和技术的进出口实行目录管理，分为禁止进出口、限制进出口和自由进出口。实行自动许可的进出口货物，收货人、发货人在办理海关报关手续前提出自动许可申请的，国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构应当予以许可；未办理自动许可手续的，海关不予放行。属于自由进出口的技术，应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

在限制和禁止进出口方面，《对外贸易法》第16条规定了11种国家可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口的情况。

在限制和禁止进出口货物和技术的管理上，国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门，依照规定，制定、调整并公布限制或者禁止进出口的货物、技术目录，并可临时决定限制或者禁止前款规定目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。

国家对限制进口或者出口的货物，实行配额、许可证等方式管理；对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理。

4. 《对外贸易法》第26条规定了6种国家可以限制或者禁止有关的国际服务贸易的情况。

5. 新修订的《对外贸易法》增加了“对外贸易中知识产权保护”一章，其中第29~30条规定了在对外贸易中可以采取的知识产权保护措施。

6. 《对外贸易法》第32~34条和36条规定了维护对外贸易秩序可以采取的措施。

7. 《对外贸易法》第37~39条规定了对外贸易调查的有关事项。

### 真题演练

1. (2004-1-42)<sup>①</sup> 依我国2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》的规定，基于保障国家国际金融地位和国际收支平衡的原因，国家可以对货物贸易采取下列哪一项措施？

- A. 禁止进口
- B. 禁止出口
- C. 限制进口
- D. 限制出口

2. (2004-1-74)<sup>②</sup> 依据我国2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》的规定，关于货物的进出口管理，下列选项哪些是不正确的？

- A. 对自由进出口的货物无需办理任何手续
- B. 全部自由进出口的货物均应实行进出口自动许可
- C. 实行自动许可的进出口货物，国务院对外贸易主管部门有权决定是否许可
- D. 自动许可的进出口货物未办理自动许可手续的，海关不予放行

3. (2005-1-87)<sup>③</sup> 下列关于2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》的表述，哪些是正确的？

- A. 对外贸易经营者应为被授予外贸经营权的法人及其他组织
- B. 该法只适用于货物进出口
- C. 该法不适用于香港、澳门地区

① C。  
② ABC。  
③ CD。





D. 该法规定了对进口货物侵犯知识产权的制裁措施

4. (2008-1-85)<sup>①</sup> 根据我国 2004 年修订的《对外贸易法》的规定, 关于对外贸易经营者, 下列哪些选项是错误的?

- A. 个人须委托具有资格的法人企业才能办理对外贸易业务
- B. 对外贸易经营者未依规定办理备案登记的, 海关不予办理报关验放手续
- C. 有足够的资金即可自动取得对外贸易经营的资格
- D. 对外贸易经营者向国务院主管部门办妥审批手续后方能取得对外贸易经营的资格

## 考点二 我国的贸易救济措施

### 重点法条

#### 1. 《反倾销条例》

第二条 进口产品以倾销方式进入中华人民共和国市场, 并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁, 或者对建立国内产业造成实质阻碍的, 依照本条例的规定进行调查, 采取反倾销措施。

第三条 倾销, 是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进入中华人民共和国市场。

对倾销的调查和确定, 由商务部负责。

第四条 进口产品的正常价值, 应当区别不同情况, 按照下列方法确定:

(一) 进口产品的同类产品, 在出口国(地区)国内市场的正常贸易过程中有可比价格的, 以该可比价格为正常价值;

(二) 进口产品的同类产品, 在出口国(地区)国内市场的正常贸易过程中没有销售的, 或者该同类产品的价格、数量不能据以进行公平比较的, 以该同类产品出口到一个适当第三国(地区)的可比价格或者以该同类产品在原产国(地区)的生产成本加合理费用、利润, 为正常价值。

进口产品不直接来自原产国(地区)的, 按照前款第(一)项规定确定正常价值; 但是, 在产品仅通过出口国(地区)转运、产品在出口国(地区)无生产或者在出口国(地区)中不存在可比价格等情形下, 可以以该同类产品在原产国(地区)的价格为正常价值。

第五条 进口产品的出口价格, 应当区别不同情况, 按照下列方法确定:

(一) 进口产品有实际支付或者应当支付的价格的, 以该价格为出口价格;

(二) 进口产品没有出口价格或者其价格不可靠的, 以根据该进口产品首次转售给独立购买人的价格推定的价格为出口价格; 但是, 该进口产品未转售给独立购买人或者未按进口时的状态转售的, 可以由商务部根据合理基础推定的价格为出口价格。

第十一条 国内产业, 是指中华人民共和国国内同类产品的全部生产者, 或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者; 但是, 国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的, 或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的, 可以排除在国内产业

<sup>①</sup> ACD。





之外。

在特殊情形下，国内一个区域市场中的生产者，在该市场中销售其全部或者几乎全部的同类产品，并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的，可以视为一个单独产业。

第十二条 同类产品，是指与倾销进口产品相同的产品；没有相同产品的，以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品。

第十三条 国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织（以下统称申请人），可以依照本条例的规定向商务部提出反倾销调查的书面申请。

第二十六条 反倾销调查，应当自立案调查决定公告之日起 12 个月内结束；特殊情况下可以延长，但延长期不得超过 6 个月。

第二十七条 有下列情形之一的，反倾销调查应当终止，并由商务部予以公告：

- （一）申请人撤销申请的；
- （二）没有足够证据证明存在倾销、损害或者二者之间有因果关系的；
- （三）倾销幅度低于 2% 的；
- （四）倾销进口产品实际或者潜在的进口量或者损害属于可忽略不计的；
- （五）商务部认为不适宜继续进行反倾销调查的。

来自一个或者部分国家（地区）的被调查产品有前款第（二）、（三）、（四）项所列情形之一的，针对所涉产品的反倾销调查应当终止。

第二十八条 初裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的，可以采取下列临时反倾销措施：

- （一）征收临时反倾销税；
- （二）要求提供保证金、保函或者其他形式的担保。

临时反倾销税税额或者提供的保证金、保函或者其他形式担保的金额，应当不超过初裁决定确定的倾销幅度。

第三十一条 倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间，可以向商务部作出改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。

商务部可以向出口经营者提出价格承诺的建议。

商务部不得强迫出口经营者作出价格承诺。

第四十条 反倾销税的纳税人为倾销进口产品的进口经营者。

第四十二条 反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度。

第四十三条 终裁决定确定存在实质损害，并在此前已经采取临时反倾销措施的，反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施的期间追溯征收。

终裁决定确定存在实质损害威胁，在先前不采取临时反倾销措施将会导致后来作出实质损害裁定的情况下已经采取临时反倾销措施的，反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施的期间追溯征收。

终裁决定确定的反倾销税，高于已付或者应付的临时反倾销税或者为担保目的而估计的金额的，差额部分不予收取；低于已付或者应付的临时反倾销税或者为担保目的而估计的金额的，差额部分应当根据具体情况予以退还或者重新计算税。

第四十四条 下列两种情形并存的，可以对实施临时反倾销措施之日前 90 天内进口的产品追溯征收反倾销税，但立案调查前进口的产品除外：





(一) 倾销进口产品有对国内产业造成损害的倾销历史, 或者该产品的进口经营者知道或者应当知道出口经营者实施倾销并且倾销对国内产业将造成损害的;

(二) 倾销进口产品在短期内大量进口, 并且可能会严重破坏即将实施的反倾销税的补救效果的。

商务部发起调查后, 有充分证据证明前款所列两种情形并存的, 可以对有关进口产品采取进口登记等必要措施, 以便追溯征收反倾销税。

第四十八条 反倾销税的征收期限和价格承诺的履行期限不超过 5 年; 但是, 经复审确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的, 反倾销税的征收期限可以适当延长。

第五十一条 复审程序参照本条例关于反倾销调查的有关规定执行。

复审期限自决定复审开始之日起, 不超过 12 个月。

第五十二条 在复审期间, 复审程序不妨碍反倾销措施的实施。

第五十三条 对依照本条例第二十五条作出的终裁决定不服的, 对依照本条例第四章作出的是否征收反倾销税的决定以及追溯征收、退税、对新出口经营者征税的决定不服的, 或者对依照本条例第五章作出的复审决定不服的, 可以依法申请行政复议, 也可以依法向人民法院提起诉讼。

## 2. 《反补贴条例》

第二条 进口产品存在补贴, 并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁, 或者对建立国内产业造成实质阻碍的, 依照本条例的规定进行调查, 采取反补贴措施。

第三条 补贴, 是指出口国(地区)政府或者其任何公共机构提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

出口国(地区)政府或者其任何公共机构, 以下统称出口国(地区)政府。本条第一款所称财政资助, 包括:

(一) 出口国(地区)政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金, 或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务;

(二) 出口国(地区)政府放弃或者不收缴应收收入;

(三) 出口国(地区)政府提供除一般基础设施以外的货物、服务, 或者由出口国(地区)政府购买货物;

(四) 出口国(地区)政府通过向筹资机构付款, 或者委托、指令私营机构履行上述职能。

第四条 依照本条例进行调查、采取反补贴措施的补贴, 必须具有专向性。

具有下列情形之一的补贴, 具有专向性:

(一) 由出口国(地区)政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴;

(二) 由出口国(地区)法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴;

(三) 指定特定区域内的企业、产业获得的补贴;

(四) 以出口实绩为条件获得的补贴, 包括本条例所附出口补贴清单列举的各项补贴;

(五) 以使用本国(地区)产品替代进口产品为条件获得的补贴。

在确定补贴专向性时, 还应当考虑受补贴企业的数量和企业受补贴的数额、比例、时间以及给与补贴的方式等因素。



第十一条 国内产业，是指中华人民共和国国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者；但是，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为补贴产品或者同类产品的进口经营者的，应当除外。

在特殊情形下，国内一个区域市场中的生产者，在该市场中销售其全部或者几乎全部的同类产品，并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的，可以视为一个单独产业。

第十三条 国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织（以下统称申请人），可以依照本条例的规定向商务部提出反补贴调查的书面申请。

第十五条 申请书应当附具下列证据：

- （一）申请调查的进口产品存在补贴；
- （二）对国内产业的损害；
- （三）补贴与损害之间存在因果关系。

第十六条 商务部应当自收到申请人提交的申请书及有关证据之日起 60 天内，对申请是否由国内产业或者代表国内产业提出、申请书内容及所附具的证据等进行审查，并决定立案调查或者不立案调查。在特殊情形下，可以适当延长审查期限。

在决定立案调查前，应当就有关补贴事项向产品可能被调查的国家（地区）政府发出进行磋商的邀请。

第十七条 在表示支持申请或者反对申请的国内产业中，支持者的产量占支持者和反对者的总产量的 50% 以上的，应当认定申请是由国内产业或者代表国内产业提出，可以启动反补贴调查；但是，表示支持申请的国内生产者的产量不足国内同类产品总产量的 25% 的，不得启动反补贴调查。

第十八条 在特殊情形下，商务部没有收到反补贴调查的书面申请，但有充分证据认为存在补贴和损害以及二者之间有因果关系的，可以决定立案调查。

第二十条 商务部可以采用问卷、抽样、听证会、现场核查等方式向利害关系方了解情况，进行调查。

商务部应当为有关利害关系方、利害关系国（地区）政府提供陈述意见和论据的机会。

商务部认为必要时，可以派出工作人员赴有关国家（地区）进行调查；但是，有关国家（地区）提出异议的除外。

第二十四条 在反补贴调查期间，应当给予产品被调查的国家（地区）政府继续进行磋商的合理机会。磋商不妨碍商务部根据本条例的规定进行调查，并采取反补贴措施。

注意：反倾销调查期间不存在政府间磋商的问题。

第二十八条 有下列情形之一的，反补贴调查应当终止，并由商务部予以公告：

- （一）申请人撤销申请的；
- （二）没有足够证据证明存在补贴、损害或者二者之间有因果关系的；
- （三）补贴金额为微量补贴的；
- （四）补贴进口产品实际或者潜在的进口量或者损害属于可忽略不计的；
- （五）通过与有关国家（地区）政府磋商达成协议，不需要继续进行反补贴调查的；
- （六）商务部认为不适宜继续进行反补贴调查的。

来自一个或者部分国家（地区）的被调查产品有前款第（二）、（三）、（四）、（五）



项所列情形之一的，针对所涉产品的反补贴调查应当终止。

第三十二条 在反补贴调查期间，出口国（地区）政府提出取消、限制补贴或者其他有关措施的承诺，或者出口经营者提出修改价格的承诺的，商务部应当予以充分考虑。

商务部可以向出口经营者或者出口国（地区）政府提出有关价格承诺的建议。

商务部不得强迫出口经营者作出承诺。

第四十三条 反补贴税税额不得超过终裁决定确定的补贴金额。

第四十四条 终裁决定确定存在实质损害，并在此前已经采取临时反补贴措施的，反补贴税可以对已经实施临时反补贴措施的期间追溯征收。

终裁决定确定存在实质损害威胁，在先前不采取临时反补贴措施将会导致后来作出实质损害裁定的情况下已经采取临时反补贴措施的，反补贴税可以对已经实施临时反补贴措施的期间追溯征收。

终裁决定确定的反补贴税，高于现金保证金或者保函所担保的金额，差额部分不予收取；低于现金保证金或者保函所担保的金额，差额部分应当予以退还。

第四十五条 下列三种情形并存的，必要时可以对实施临时反补贴措施之日前 90 天内进口的产品追溯征收反补贴税：

- （一）补贴进口产品在较短的时间内大量增加；
- （二）此种增加对国内产业造成难以补救的损害；
- （三）此种产品得益于补贴。

### 3. 《保障措施条例》

第二条 进口产品数量增加，并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁（以下除特别指明外，统称损害）的，依照本条例的规定进行调查，采取保障措施。

第十条 国内产业，是指中华人民共和国国内同类产品或者直接竞争产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品或者直接竞争产品全部总产量的主要部分的生产者。

第十二条 商务部应当为进口经营者、出口经营者和其他利害关系方提供陈述意见和论据的机会。

调查可以采用调查问卷的方式，也可以采用听证会或者其他方式。

第十六条 有明确证据表明进口产品数量增加，在不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害的紧急情况下，可以作出初裁决定，并采取临时保障措施。

临时保障措施采取提高关税的形式。

第十七条 采取临时保障措施，由商务部提出建议，国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定，由商务部予以公告。海关自公告规定实施之日起执行。

在采取临时保障措施前，商务部应当将有关情况通知保障措施委员会。

第十八条 临时保障措施的实施期限，自临时保障措施决定公告规定实施之日起，不超过 200 天。

第十九条 终裁决定确定进口产品数量增加，并由此对国内产业造成损害的，可以采取保障措施。实施保障措施应当符合公共利益。

保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。

第二十二條 保障措施应当针对正在进口的产品实施，不区分产品来源国（地区）。

第二十四条 在采取保障措施前，商务部应当为与有关产品的出口经营者有实质利益

的国家（地区）政府提供磋商的充分机会。

第二十六条 保障措施的实施期限不超过4年。

符合下列条件的，保障措施的实施期限可以适当延长：

- （一）按照本条例规定的程序确定保障措施对于防止或者补救严重损害仍然有必要；
- （二）有证据表明相关国内产业正在进行调整；
- （三）已经履行有关对外通知、磋商的义务；
- （四）延长后的措施不严于延长前的措施。

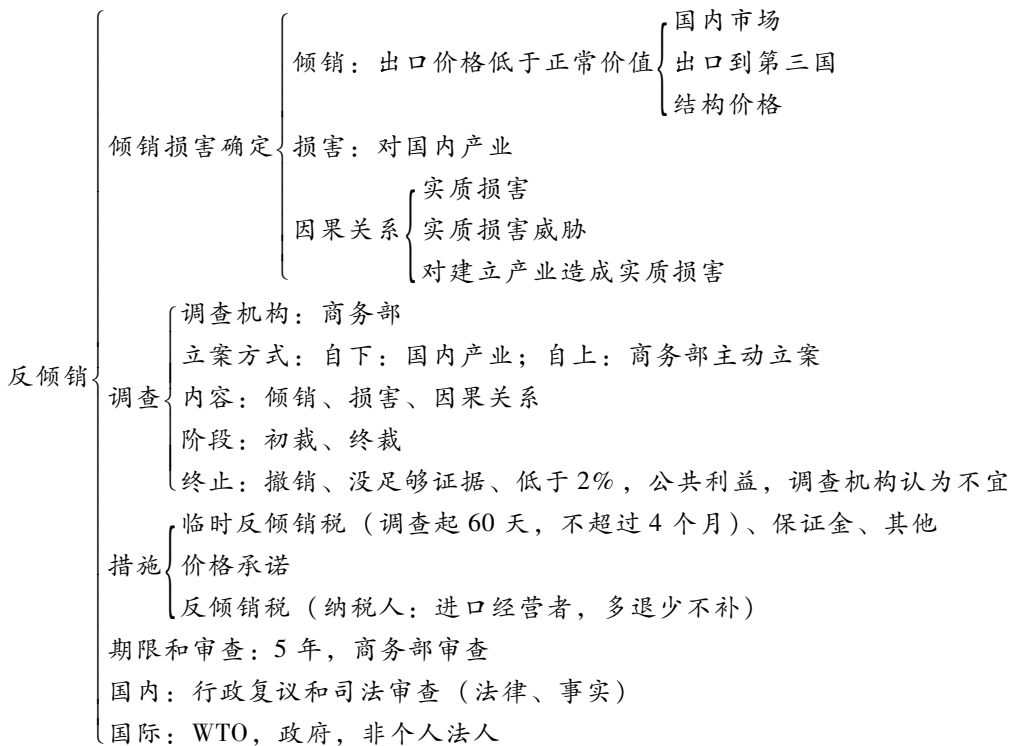
一项保障措施的实施期限及其延长期限，最长不超过10年。

第三十条 对同一进口产品再次采取保障措施的，与前次采取保障措施的时间间隔应当不短于前次采取保障措施的实施期限，并且至少为2年。

符合下列条件的，对一产品实施的期限为180天或者少于180天的保障措施，不受前款限制：

- （一）自对该进口产品实施保障措施之日起，已经超过1年；
- （二）自实施该保障措施之日起5年内，未对同一产品实施2次以上保障措施。

## 考点解析



### （一）反倾销措施

《反倾销条例》于2001年10月31日在国务院通过，2004年我国对该条例作了修订，修订后的条例于2004年6月1日起正式实施。新条例的主要修订有：统一了反倾销调查机关，反倾销调查统一由商务部负责；增加了公共利益的规定；将原来的“应出口经营者请求或者调查机关认为有必要，调查机关可以对倾销和损害继续进行调查。”改为“应出





口经营者请求，商务部应当对倾销和损害继续进行调查；或者商务部认为有必要的，可以对倾销和损害继续进行调查”；增加有利于追溯征税的措施，对实施临时反倾销措施前 90 天内进口的产品追溯征收反倾销税时，可以对有关进口产品采取进口登记等必要措施。

根据《反倾销条例》，进口产品以倾销方式进入中国市场，并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，我国应依照反倾销条例进行调查，采取反倾销措施。进口产品存在倾销、对国内产业造成损害、二者之间有因果关系，是采取反倾销措施的必要条件。

### 1. 倾销的确定

倾销是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进入中国市场。对倾销的调查和确定，由商务部负责。正常价值与出口价格的差额为倾销幅度。

(1) 正常价值依下列顺序确定：①进口产品的同类产品在该国（地区）的可比价格；②如果不存在该价格，使用出口到第三国（地区）的可比价格；③当上述两种方法均不能采用时，可采用结构价格来确定正常价值。

(2) 出口价格。①进口产品有实际支付或应当支付的价格为出口价格；②没有出口价格或其价格不可靠，使用首次转售给独立购买人的价格推定出的价格为出口价格；③未转售给独立购买人或者未按进口时的状态转售的，在合理基础上推定出口价格。

(3) 正常价值与出口价格的调整与公平比较。比较方法有：①平均对平均比较法，即加权平均正常价值与所有可比出口交易加权平均价格进行比较；②个别对个别比较法，即按每笔交易的正常价值与每笔交易的出口价格进行比较；③如果不能按前两种方法比较时，使用加权平均正常价值与单一出口交易的出口价格进行比较。

### 2. 损害的确定

损害是指倾销对已建立的国内产业造成实质性损害或产生实质性损害威胁，或对建立国内产业造成实质阻碍。国内产业是指国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者。但是，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外。特殊情形下，国内一个区域市场中的生产者，在该市场中销售其全部或者几乎全部的同类产品，并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的，可以视为一个单独产业。同类产品，是指与倾销进口产品相同的产品；没有相同产品的，以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品。

### 3. 因果关系

倾销与损害之间要有因果关系，倾销进口必须是造成国内产业损害的原因，非倾销因素对国内产业造成的损害，不得归因于倾销。

### 4. 累积评估

倾销进口产品来自两个以上国家（地区），并且同时满足下列条件的，可以就倾销进口产品对国内产业造成的影响进行累积评估：第一，来自每一国家（地区）的倾销进口产品的倾销幅度不小于 2%，并且其进口量不属于可忽略不计的；第二，根据倾销进口产品之间以及倾销进口产品与国内同类产品之间的竞争条件，进行累积评估是适当的。

### 5. 反倾销调查

(1) 申请发起反倾销调查。启动反倾销调查的程序有两种：①国内有关当局自主发





起；②国内产业和其代表向有关当局提起申请，有关当局审查该申请合格后，发起调查。

注意：在后一种方式下，应有足够的国内生产者的支持，在支持和反对申请的生产者中，支持者占的产量占二种总产量的50%以上，同时不得低于国内同类产品总产量的25%。

(2) 调查机构及程序。反倾销调查由商务部负责。程序包括初裁和终裁，初步裁定倾销、损害和二者之间因果关系成立的，可以采取临时反倾销措施。终局裁定倾销成立的，可以裁定征收反倾销税等反倾销措施。终止反倾销调查的情形如下：①申请人撤销申请的；②没有足够证据证明存在倾销、损害或者二者之间有因果关系的；③倾销幅度低于2%的；④倾销进口产品实际或者潜在的进口量或者损害属于可忽略不计的；⑤商务部认为不适宜继续进行反倾销调查的。

## 6. 措施

(1) 临时措施。临时反倾销措施方式包括征收临时反倾销税，提供现金保证金、保函或者其他形式的担保，其数额不得超过初步裁定确定的倾销幅度。临时措施在公告实施之日起不得超过4个月，特殊情形下不得超出9个月。在公告反倾销立案调查之日起60天内，不得采取反倾销措施。

(2) 价格承诺。在反倾销调查期间，倾销进口产品的出口经营者可以向商务部作出改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。商务部可以建议但不能强迫出口经营者作出价格承诺。出口经营者不作出或不接受价格承诺建议，不妨碍反倾销案件的调查和确定。商务部决定是否接受价格承诺。商务部认为价格承诺能够接受并符合公共利益的，可以决定中止或者终止反倾销调查，不采取临时反倾销措施或征收反倾销税。商务部做出初步裁定前不得寻求或者接受价格承诺。应出口商请求，或商务部认为有必要，商务部接受价格承诺后继续进行调查并作出否定倾销或损害的终局裁定的，出口价格承诺自动失效；作出肯定的倾销和损害裁定的，价格承诺一直有效。

(3) 反倾销税。终局裁定确定倾销成立并由此对国内产业造成损害的，可以征收反倾销税。征收反倾销税的税额不应超过正常价值于出口价格之间的差额，即不应超过倾销幅度。反倾销税的纳税人是倾销进口产品的进口经营者。

(4) 反倾销税的追溯征收。追溯征收有以下三种情况：①出口经营者违反价格承诺，商务部可立即恢复反倾销调查；根据可获得的最佳信息，可决定采取临时反倾销措施，并可以对实施临时反倾销措施前90天内进口的产品追溯征收反倾销税，但违反价格承诺前进口的产品除外。②终裁决定确定存在实质损害或实质损害威胁，并在此前已经采取临时反倾销措施的，反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施的期间追溯征收。如出现初裁的反倾销税率与终裁的税率不同的情况，采用多退少不补原则。③满足下列两项条件时，可以对立案调查后，实施临时反倾销税之日前90天进口的产品追溯征收反倾销税：其一，倾销进口产品有对国内产业造成损害的倾销历史，或者该产品的进口经营者知道或者应当知道出口经营者实施倾销并且倾销对国内产业将造成损害的；其二，倾销进口产品在短期内大量进口，并且可能会严重破坏即将实施的反倾销税的补救效果的。

## 7. 征收反倾销税的期限和复审

(1) 期限。一般不超过5年，若经复审确定终止征收反倾销税有可能导致损害的继续或者再度发生的，可以适当延长反倾销税的征收期限。

(2) 复审。对于反倾销税和价格承诺，商务部可以决定对其必要性进行复审；经利害





关系方申请，商务部也可以对反倾销税和价格承诺的必要性进行复审。根据复审结果，商务部作出保留、修改或者取消反倾销税或价格承诺的决定。复审期间，复审程序不妨碍反倾销措施的实施。

## 8. 司法审查

《最高人民法院关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》，从行政诉讼角度确定了我国对反倾销措施的司法审查制度。主要内容如下：

人民法院依法受理对下列反倾销行政行为提起的行政诉讼：

(1) 受案范围：①有关倾销及倾销幅度、损害及损害程度的终裁决定；②有关是否征收反倾销税的决定以及追溯征收、退税、对新出口经营者征税的决定；③有关保留、修改或者取消反倾销税以及价格承诺的复审决定；④依照法律、行政法规规定可以起诉的其他反倾销行政行为。

(2) 可以提起行政诉讼的利害关系人包括提出反倾销调查书面申请的申请人、有关出口经营者、进口经营者及其他具有法律上利害关系的自然人、法人或者其他组织。

(3) 反倾销行政案件的被告，应当是作出相应被诉反倾销行政行为的国务院主管部门。

(4) 第一审反倾销行政案件由下列人民法院管辖：①被告所在地高级人民法院指定的中级人民法院；②被告所在地高级人民法院。

### (5) 举证责任

被告对其作出的被诉反倾销行政行为负举证责任，应当提供作出反倾销行政行为的证据和所依据的规范性文件。被告在作出被诉反倾销行政行为时没有记入案卷的事实材料，不能作为认定该行为合法的根据。原告对其主张的事实有责任提供证据。

### (6) 判决

法院经审理查明分别作出以下判决：①被诉反倾销行政行为证据确凿，适用法律、行政法规正确，符合法定程序的，判决维持；②被诉反倾销行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出反倾销行政行为：主要证据不足的；适用法律、行政法规错误的；违反法定程序的；超越职权的；滥用职权的。③依照法律或者司法解释规定作出的其他判决。

## (二) 反补贴

进口产品存在补贴，并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，依照《反补贴条例》的规定进行调查，采取反补贴措施。

### 1. 补贴及补贴的专向性

补贴，是指出口国（地区）政府或者其任何公共机构提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

政府提供财政资助和接受者获得的利益是构成补贴的两个因素。

财政资助表现形式包括：

(1) 出口国（地区）政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金，或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务；

(2) 出口国（地区）政府放弃或者不收缴应收收入；

(3) 出口国（地区）政府提供除一般基础设施以外的货物、服务，或者由出口国（地区）政府购买货物；

(4) 出口国（地区）政府通过向筹资机构付款，或者委托、指令私营机构履行上述职能。

补贴必须具有专向性，而且必须是政府补贴，但不代表补贴必须由政府直接提供，因为只要是政府使接受者受益的财政资助或者任何形式的收入或者价格支持都是补贴，比如政府免收一部分税款。

补贴的专向性包括：

- (1) 出口国政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴；
- (2) 由出口国法律、法规的某些企业、产业获得的补贴；
- (3) 指定特定区域内的某些企业、产业获得的补贴；
- (4) 以出口为条件获得的补贴；
- (5) 以使用本国（地区）产品替代进口为条件获得的补贴。

2. 损害

损害是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

3. 因果关系

补贴进口产品必须是国内产业损害的原因。同时非补贴进口产品因素对国内产业造成的损害，不得归因于补贴进口产品。

(三) 保障措施

1. 保障措施适用的条件：①进口产品大量增加（绝对、相对）；②对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成严重损害，或严重损害威胁；③因果关系（主要原因）。

注意：保障措施与反倾销、反补贴不同，保障措施的实施不问来源，并且针对的是公平的贸易方式。

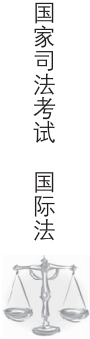
新修订《对外贸易法》规定，在进口产品增加损害国内产业时，除采取消除或减轻损害的保障措施外，还可以对该产业提供必要的支持。

2. 保障措施具体包括临时保障措施和保障措施两种：①临时保障措施；②最终保障措施。

保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。保障措施的期限一般不得超过4年，最长不得超过10年。与反倾销措施、反补贴措施不同，保障措施针对的是公平的竞争行为。因此，保障措施旨在补偿，应限制在防止、补救严重损害及调整国内产业所必要的范围内。

(四) 两反与一保的区别（见下表）

	反倾销/反补贴	保障措施
条件	不公平贸易行为（倾销、补贴）	公平贸易行为（进口增加）
针对对象	对生产同类产品国内产业	对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业
损害程度	实质损害、威胁、阻碍	严重损害，严重损害威胁
司法审查	有	无
有无针对性	针对性	不分来源
措施	征收反倾销税	提高关税、数量限制
时间	5年（倾销）	4年，最长不过10年
原因	一个原因	主要原因



(五) “贸易救济措施争议的多边解决”(见下表)

	国内	多边
(1) 当事人不同	原调查的利害关系方	出口国政府和进口国政府
(2) 申诉对象不同	主管机关作出的决定或采取的措施	复审法院的裁决 + 立法
(3) 实体规则或审查标准不同	国内法	世贸相应规则
(4) 处理争议的程序不同	行政复议或者行政诉讼程序	争端解决规则程序
(5) 复审、审判机构不同	原调查机构/法院	DSB (专家组、上诉机构)
(6) 救济结果不同	直接裁定撤销或修改相关措辞	建议进口成员政府使其措施与世贸一致 (不能要求直接撤销)

真题演练

1. (2003 - 1 - 27)① 假设有下列情形：中国甲厂、乙厂和丙厂代表中国丙烯酸酯产业向主管部门提出了对原产于 A 国、B 国和 C 国的丙烯酸酯进行反倾销调查的申请，经审查终局裁定确定倾销成立并对国内产业造成了损害，决定征收反倾销税。在此情形下，反倾销税的纳税人应是下列选项中的哪一个？

- A. 丙烯酸酯的出口人
- B. 丙烯酸酯的进口经营者
- C. 丙烯酸酯的中国消费者
- D. 丙烯酸酯在 A. B. C 三国的生产者

2. (2004 - 1 - 93)② 实施反倾销税的条件之一是倾销进口与国内产业损害间存在因果关系。关于这一条件的下列表述何者为正确？

- A. 倾销进口是国内产业损害的唯一原因
- B. 倾销进口必须是造成国内产业损害的一个原因
- C. 其他因素造成的国内产业损害不得归因于倾销进口
- D. 没有倾销进口，就没有国内产业损害

3. (2005 - 1 - 42)③ 下列哪一项措施不是我国有关反倾销法律规定的反倾销措施？

- A. 临时反倾销措施
- B. 价格承诺
- C. 反倾销税
- D. 进口配额

4. (2006 - 1 - 44)④ 根据中国法律，如果中国商务部终局裁定确定某种进口产品倾销成立并由此对国内产业造成损害的，可以征收反倾销税。下列关于反倾销税的哪种说法是正确的？

- A. 反倾销税只对终局裁定公告之日后进口的产品适用
- B. 反倾销税税额不得超过终局裁定的倾销幅度
- C. 反倾销税和价格承诺可以同时采取
- D. 反倾销税的纳税人应该是倾销产品的出口商

5. (2007 - 1 - 42)⑤ 根据我国《反倾销条例》规定，倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间，可向商务部作出改变价格或停止以倾销价格出口的价格承诺。有关价格

① B。

② BC。

③ D。

④ B。

⑤ A。



承诺的规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 商务部可以向出口经营者提出价格承诺的建议
- B. 商务部在对倾销及其损害作出肯定的初步裁定之前可以寻求或接受价格承诺
- C. 对出口经营者作出的价格承诺，商务部应予接受
- D. 出口经营者违反其价格承诺的，商务部可以采取保障措施

6. (2008-1-83)<sup>①</sup> 在进口倾销对国内产业造成实质损害的情况下，反倾销税可以追溯征收。该反倾销税可适用于下列哪些产品？

- A. 采取临时反倾销措施期间进口的产品
- B. 发起反倾销调查前 90 天内进口的产品
- C. 提起反倾销调查前 90 天进口的产品
- D. 实施临时反倾销措施之日前 90 天内进口的产品

7. (2003-1-24)<sup>②</sup> 根据我国《反补贴条例》，采取反补贴措施的补贴应是下列选项中的哪一种？

- A. 出口补贴
- B. 国内补贴
- C. 出口国专向补贴
- D. 出口国普遍补贴

8. (2005-1-97)<sup>③</sup> 根据《中华人民共和国反补贴条例》规定，下列有关补贴认定的说法中，何者为正确？

- A. 补贴不必具有专向性
- B. 补贴必须由政府直接提供
- C. 接受者必须获得利益
- D. 必须采取支付货币的形式

9. (四川 2008-1-85)<sup>④</sup> 根据《反补贴条例》的规定，下列哪些补贴属于有专向性的补贴？

- A. 由出口国法律明确规定的某些企业获得的补贴
- B. 环保组织以改善环保为条件对企业提供的赠款
- C. 指定特定区域内的企业、产业获得的补贴
- D. 世界银行对贫困地区提供的无息贷款

10. (2009-1-45)<sup>⑤</sup> 中国某化工产品的国内生产商向中国商务部提起对从甲国进口的该类化工产品的反补贴调查申请。依我国相关法律规定，下列哪一选项是正确的？

- A. 商务部认为必要时可以强制出口经营者作出价格承诺
- B. 商务部认为有必要出境调查时，必须通过司法协助途径
- C. 反补贴税税额不得超过终裁决定确定的补贴金额
- D. 甲国该类化工产品的出口商是反补贴税的纳税人

11. (2003-1-94)<sup>⑥</sup> 根据我国保障措施制度，下列选项中何种损害是保障措施意义上的严重损害？

- A. 对销售同类产品的经销商的损害

- 
- ① AD。
  - ② C。
  - ③ C。
  - ④ AC。
  - ⑤ C。
  - ⑥ C。

- B. 对销售同类产品或直接竞争产品的经销商的损害
- C. 对生产同类产品或直接竞争产品的生产商的损害
- D. 对生产同类产品或直接竞争产品的工人的损害

12. (2007 - 1 - 95)<sup>①</sup> 某种化工材料进口数量的增加, 使国内生产同类产品及与其直接竞争的产品的化工厂受到严重损害。依我国相关法律规定, 与国内产业有关的自然人、法人或其他组织有权采取的措施有:

- A. 直接向海关申请禁止该化工产品的进口
- B. 向商务部提出反倾销调查申请
- C. 向有管辖权的法院提起损害赔偿的诉讼
- D. 向商务部提出保障措施调查的申请

13. (2006 - 1 - 83)<sup>②</sup> 关于贸易救济措施争议的国内程序救济和多边程序救济, 下列哪些说法是正确的?

- A. 前者的当事人是原调查的利害关系人, 而后者的当事人是出口国政府和进口国政府
- B. 前者的申诉对象是主管机关的具体行政行为, 而后者的申诉对象则还包括行政复议裁决、法院判决, 甚至还包括进口国立法
- C. 前者的审查依据是进口国国内法, 而后者的审查依据是 WTO 的相关规则
- D. 前者遵循的是进口国国内行政复议法或行政诉讼法, 而后者遵循的是 WTO 的争端解决规则

---

① D。

② ABCD。



## 第二十讲 世界贸易组织

### 【本讲概要】

了解：世界贸易组织的法律框架、机构设置、决策程序等一般知识。

理解：世贸与关贸的区别与联系，服务贸易总协定。

熟悉并能够运用：关税与贸易总协定的基本内容，世界贸易组织的争端解决机制。

### 考点一 世贸与关贸的联系与区别

#### 考点解析

世贸与关贸的联系与区别（见下表）

	世界贸易组织	关贸总协定
法律依据和性质不同	成立永久性组织	临时性组织
法律框架结构不同	完整统一的制度	各协议相互独立分散
调整范围不同	货物贸易、服务贸易、知识产权、 纺织品贸易、农产品贸易	货物贸易
适用的力度不同	不允许保留（一揽子接受）	国内法规定可以成为不履行的借口
争端解决机制不同	反向一致	一致同意

### 考点二 世界贸易组织的成员与法律框架

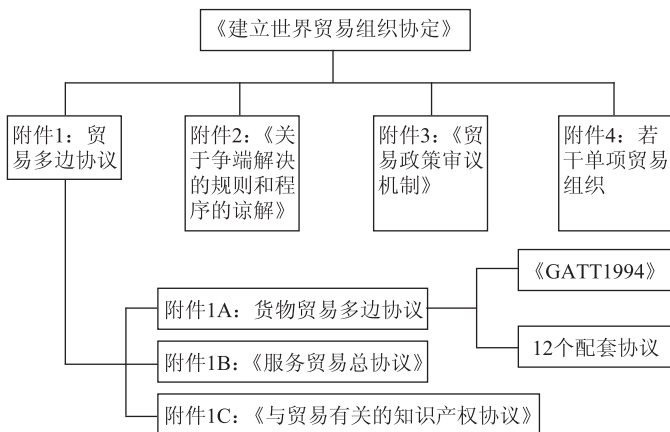
#### 考点解析

#### （一）世贸组织的成员

世界贸易组织是政府间组织，其成员是加入世贸组织的各国政府和单独关税区政府（如中国的香港、澳门），任何个人、企业或其他非政府机构都无权参加其活动，只有少数专家可在 WTO 内由非政府代表组成的机构从事公务。世贸组织的规则也只能约束其成员的政府。世贸组织成员分为创始成员和加入成员，各成员国在该组织的地位是平等的。各成员无论加入先后，势力强弱，在规则面前一律平等。2001 年 12 月 11 日，中国正式成为世界贸易组织的第 143 个成员。



## （二）世贸组织的法律框架（详见下图）



### 1. 《建立世界贸易组织协定》WTO 章程性文件

### 2. 《建立世界贸易组织协定》WTO 章程性文件的附件

#### （1）附件1是关于货物贸易、服务贸易及知识产权协议

附件1A《货物贸易多边协议》包括：《1994年关税与贸易总协定》、《农产品协议》、《关于卫生与动植物检疫措施协议》、《纺织品与服装协议》、《贸易技术壁垒协议》、《与贸易有关的投资措施协议》、《1994年关税与贸易总协定第六条执行协议》、《1994年关税与贸易总协定第七条执行协议》、《进口许可证程序协议》、《补贴与反补贴措施协议》及《保障协议》。

附件1B是《服务贸易总协定》。

附件1C是《与贸易有关的知识产权协议》。

#### （2）附件2是《关于争端解决的规则和程序的谅解》。

#### （3）附件3是《贸易政策审议机制》。

（上述各项协议要求成员“一揽子”接受，对所有成员具有法律约束力，各成员方必须遵守。）

#### （4）附件4是诸边贸易协议，包括《民用航空器贸易协议》、《政府采购协议》等。

（与附件1、2和3不同，各成员方对附件4可分别接受，也就是说，附件4并不对所有成员具有法律约束力，而是只适用于接受上述诸边贸易协议的成员，对不接受的成员方则不具有约束力。）

## 考点三 世贸组织的机构设置与决策程序

### 考点解析

#### 1. 世贸组织的机构设置

（1）部长级会议。部长级会议是世贸组织的最高决策机构。由所有成员的代表组成，至少每两年举行一次，它有权对所有多边贸易协议中的任何事项作出决定。具体说，部长级会议有以下权力：制定、解释和修正规则；设立有关机构；任命总干事；免除某一成员



的义务；批准新成员的加入。

(2) 总理事会。总理事会是常设权力机构。在部长级会议休会期间，其职能由总理事会行使。总理事会由各成员代表组成，适时召开会议。总理事会同时是争端解决机构和贸易政策评审机构。

(3) 理事会。理事会是包括货物贸易理事会、服务贸易理事会、与贸易有关的知识产权理事会这三个理事会。它们都根据总理事会的总体指导运作，分别负责各相关协议的执行监督工作。各理事会的成员从所有成员代表中产生。

(4) 委员会。在总理事会之下设六个委员会，分别负责世界贸易组织法律文件中所赋予的职责，它们是：环境与贸易委员会、收支平衡委员会、贸易与发展委员会、最不发达国家小组委员会、国际收支限制委员会、预算、财务和行政委员会。

(5) 总干事和秘书处。秘书处是世界贸易组织的职能机构，由总干事领导。总干事由部长级会议任命，任期四年，是世贸组织的行政首长。总干事和秘书处职员均为国际职员，其职务是纯国际性质的。

## 2. 世贸组织的决策程序

世贸组织的决策程序如下：

(1) 协商一致优先，投票表决第二；

(2) 关于条款的解释，要求 3/4 多数通过；关于豁免问题，也要求 3/4 多数通过，关于修正案问题，要求 2/3 多数通过。

### 考点

四

## 中国入世承担的特别义务

### 考点解析

中国在世贸中的权利义务由两部分组成：一部分是各成员都承担的规范性义务，如各协议条款规定的义务；另一部分是中国加入世贸组织议定书中中国作出的承诺，这是中国承担的独特义务。中国的承诺在《中国加入世界贸易组织议定书》及作为附件的《中国入世工作组报告》中。该议定书及附件构成了世界贸易组织协定的一部分。

承担的义务主要体现在以下几个方面：“贸易经营权”、“倾销与补贴中的非市场经济的规定”、“特定产品的过渡性产品保障机制”、“针对中国纺织品的特殊保障措施”和“与贸易有关的投资措施及非关税措施”。

### 1. 贸易经营权

(1) 经营权的放开。在入世 3 年后取消现行的对外贸易许可制度，改为登记制。

(2) 国家专营企业。《议定书》第 17 条规定了国家专营企业，除国家专营商品外，所有中国企业都有权进行货物进出口。

### 2. 倾销与补贴中的非市场经济的规定

(1) 反倾销：在确定可比价格时：①受调查的生产商能够明确证明，生产同类产品的产业在该产品的制造、生产和销售方面具备市场经济条件，用该价格；②不能证明，可以用替代国价格。

15 年内完全取消目前在对华出口产品进行反倾销调查时使用第三国替代价格的做法。

(2) 国有企业补贴：根据世贸组织的规定，非专项补贴不受约束，但如果中国政府提



供的补贴主要接受者是国有企业，或者接受了补贴中不成比例的大量数额，该补贴视为专项补贴。

### 3. 特定产品的过渡性产品的保障机制（特保）

《中国加入议定书》第16条规定，如果原产于中国的产品进口至任何WTO成员领土时，对其国内生产者造成或威胁造成市场扰乱，则该成员在符合一定条件和程序的情况下，可以对此类产品撤销减让或限制进口，即针对特定产品的过渡性保障措施，简称“特保”，有12年过渡期。

采取措施专门针对中国产品，受影响的国家，受贸易转移影响的其他国家也可以提起保障措施。

特保和一般保障区别：

（1）针对对象不同：一般不考虑来源，特保针对中国产品。

（2）损害程度要求不同：一般为严重损害，严重损害威胁；特保：实质损害或实质损害威胁，或造成重大贸易转移。

### 4. 纺织品

2005年-2008年间，如中国的某一类纺织品对WTO成员的出口激增，造成市场“扰乱”，WTO成员可临时实现限制，但4年内对一种产品只能使用一次限制措施，限制措施的实施期限只能为1年，且不能对相同产品重复使用（歧视性，因为《纺织品协定》2005年1月1日结束）。

### 5. 与贸易有关的投资措施

加入WTO，我国将实施《与贸易有关的投资措施》（TRIMS协定），取消贸易和外汇平衡要求、当地含量要求、出口实绩和技术转让要求等与贸易有关的投资措施。

## 真题演练

（2007-1-84）<sup>①</sup> 中国加入世界贸易组织的条件规定在《中国加入世界贸易组织议定书》及其附件中。对此，下列哪些选项是正确的？

- A. 该《议定书》及其附件构成世界贸易组织协定的一部分
- B. 中国只根据该《议定书》及其附件承担义务
- C. 该《议定书》规定了特定产品过渡性保障机制
- D. 中国与其他成员在加入谈判中作出的具体承诺，不构成该《议定书》的组成部分

## 考点五 世界贸易组织主要法律制度

### 考点解析

#### 1. 最惠国待遇原则

（1）定义：最惠国待遇就是指缔约一方现在和将来给予任何第三方的优惠和豁免，也应给予缔约对方。最惠国待遇原则是世贸法律制度的基础，特点是普遍性、相互性、自动性和同一性。对最惠国待遇原则的修改，必须经全体成员国同意才有效。

<sup>①</sup> AC。



(2) 适用范围：①所有与进口的商品及服务有关的关税及费用；②与进口有关的任何其他费用；③与进口有关的规则和程序；④国内税和其他国内费用；⑤有关影响产品销售、运输、分销和使用的政策规章和要求。

(3) 最惠国待遇原则的例外：①边境贸易；②普惠制（对发展中国家的更优惠安排）；③关税同盟和自由贸易区；④一般例外及安全例外；⑤收支平衡；⑥反倾销税、反补贴税等。

## 2. 国民待遇原则

(1) 国民待遇原则的概念：《关贸总协定》中的国民待遇，指外国进口产品所享受的待遇不低于本国同类产品、直接竞争或替代产品所享受的待遇。

(2) 适用范围：①国内税费；②涉及影响产品销售等的国内法律、规章。

(3) 国民待遇原则的例外。该原则的例外包括：①政府采购例外；②仅对某种产品的国内生产商提供的补贴例外。

## 3. 关税减让原则

关税减让原则主要是指进口关税减让。关税减让主要通过公式减让和有选择的、逐项产品谈判两种方法。

## 4. 一般的取消数量限制原则

除上述基本原则之外，互惠原则、透明度原则也是世界贸易组织遵循的基本原则。

### 真题演练

(2006-1-42)<sup>①</sup> 关于世界贸易组织（WTO）的最惠国待遇制度，下列哪种说法是正确的？

- A. 由于在 WTO 不同的协议中，最惠国待遇的含义不完全相同，所以，最惠国待遇的获得是有条件的
- B. 在 WTO 中，最惠国待遇是各成员相互给予的，每个成员既是施惠者，也是受惠者
- C. 对最惠国待遇原则的修改需经全体成员 4/5 同意才有效
- D. 区域经济安排是最惠国待遇义务的例外，但边境贸易优惠则不是

## 考点六 《服务贸易协定》

### 考点解析

《服务贸易协定》是第一个调整国际服务贸易的多边性、具有法律强制力的规则。协定不适用于为履行政府职能而提供的服务，即不是在商业基础上提供的，又不与任何一个或多个服务提供者相竞争的服务。

#### 1. 服务贸易的四种方式

(1) 跨境供应，从一国境内直接向其他国境内提供服务——服务产品的流动，如卫星电视转播。

(2) 境外消费，在一国境内向其他国的服务消费者提供服务——消费者的流动，如出

<sup>①</sup> B。



国旅游。

(3) 商业存在, 外国实体在另一国境内设立附属公司或分支机构, 提供服务——设立当地机构, 如银行, 保险机构。

(4) 自然人流动, 一国的服务提供商通过自然人到其他国境内提供服务——服务提供者以自然人方式流动, 如工程承包。

## 2. 服务贸易的义务

(1) 一般义务: 最惠国待遇 (适用于服务产品、提供者)。

(2) 具体承诺: 每一成员在其减让表中列出自己作出的具体承诺, 规定了对外国服务部门和事项方面承担的具体义务, 采取“肯定式清单”方法。可有三种具体表达方式: 不作承诺, 具体列明限制, 没有限制。“不作承诺”意味着该成员在该方面不承担任何义务, “没有限制”则正好相反, 表明该成员在该方面承担了不实施任何限制的全部义务。

市场准入。除非在承诺表中明确规定, 原则上禁止六种对于市场准入的限制: ①限制服务提供者的数量; ②限制服务资产或者交易的价值; ③限制服务经营总量或者服务产出总量; ④限制雇佣人数; ⑤限制或者要求通过特定类型的法律实体或者合营企业提供服务; ⑥通过限制外国持股比例或者外国投资总额来限制外国资本的参与。各国可以自由承诺决定对于服务市场开放的行业、国民待遇的给予等事项。

发展中国家在建立商业存在方面可以存在例外, 通常包括: 在合资企业的基础上批准商业存在的建立, 不允许外国提供者在此类合资企业中占有大部分的股份, 董事会成员中应有一定数量的本国人, 外国服务提供者应使用适用的先进技术和管理经验, 该企业应培训当地雇员并向他们传授技术, 可能时应雇佣当地的国内分包人员。

国民待遇。《服务贸易协定》中的国民待遇义务, 仅限于列入承诺表的部门, 并且要遵循其中所列的条件和资格。没有作出承诺的部门, 不适用国民待遇义务。

## 考点七 争端解决机制

### 考点解析

#### 1. 特点

- (1) 涉及范围广泛: 货物、服务、与贸易有关的投资措施等;
- (2) 规定了严格的程序上的时间限制;
- (3) 建立反对一致或否定性协商一致原则。

#### 2. 审查类型

(1) 违反性申诉, 申诉方必须证明被诉方违反了有关协议的条款。对这种争端的裁定, 被诉方往往需要废除或修改有关措施。

(2) 非违反性申诉, 对这种申诉的审查, 不追究被诉方是否违反了有关协议条款, 而只处理被诉方的措施是否使申诉方根据有关协议享有的利益受损或丧失。对这种争端的裁定, 被诉方没有取消有关措施的义务, 只需作出补偿。

(3) 其他情形。

#### 3. 机构

(1) 争端解决机构 (不负责审理裁决案件), 主要负责设立专家组; 通过或否决专家



组和上诉机构的争端解决报告；负责监督裁决和建议的执行，包括确定合理的实施期限；当有关成员不遵守裁决时，经申请授权进行报复，包括确定报复的范围和水平。

(2) 专家组（非常设性机构，既审法律，也审事实）。

(3) 上诉机构（常设机构，只审法律）。

#### 4. WTO 的争端解决基本程序

(1) 磋商。磋商有助于澄清争端、促进争端的解决。磋商是申请设立专家组的前提条件。

(2) 设立专家组的申请——起诉。自提出磋商请求日起 60 天内磋商没有解决争端时，申诉方可申请成立专家组。

(3) 专家组的裁定和结论。无论是申诉方还是被诉方，对其所提出的诉求或主张，都承担证明的责任，即谁主张谁举证。在一方初步证明其诉求或主张的真实性后，由另一方进行反驳。最后由专家组决定采信哪些证据，并根据其对有关证据的评估，作出裁决。

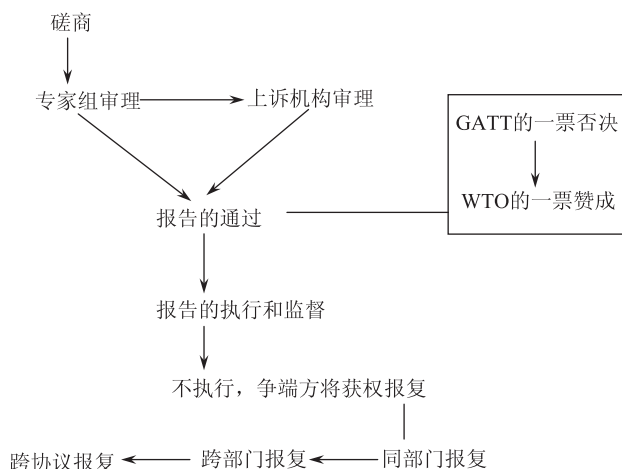
(4) 上诉机构的审查、裁定。在专家组报告发布后的 60 天内，任何争端方都可以向上诉机构提起上诉。上诉机构则只审查专家组报告涉及的法律问题和专家组作出的法律解释。

(5) 争端解决机构通过专家组和上诉机构的报告。除非争端解决机构一致不同意通过相关争端解决报告，该报告即得通过。

(6) 争端解决机构裁定和建议的实施。被裁定违反了有关协议的一方，应在合理时间内履行争端解决机构的裁定和建议。有关履行裁定和建议的合理期限争议，可以根据 DSU 第 23 条诉诸仲裁解决。

如果被诉方在合理期限内没有使被裁定违反相关协议的措施符合相关协议的要求，或未能实施裁决和建议，经申诉方请求，争端双方应就双方均可接受的补偿进行谈判。如果谈判不成，原申诉方可以向争端解决机构申请授权报复，对被诉方中止减让或中止其义务。首先应在被认定为违反义务或造成利益丧失或受损的部门的相同部门实施；相同部门报复无效时，可以对同一协议项下的其他部门实施；如同一协议报复无效时，可寻求中止另一协议项下的减让或其他义务。申诉方拟中止减让或其他义务的程度和范围，应与其所受到的损害相等。

具体可参见下图。





1. (2000 - 1 - 75)<sup>①</sup> 下列选项哪些是世界贸易组织解决国际贸易争端机制中的方法?
  - A. 调停
  - B. 斡旋
  - C. 专家组报告
  - D. 诉讼
2. (2002 - 1 - 44)<sup>②</sup> 根据世界贸易组织争端解决规则和程序的谅解协议的规定, 当世贸组织成员方之间发生贸易纠纷时, 可采取的解决方式中不包括下列哪一项?
  - A. 双边磋商
  - B. 成立专家组
  - C. 上诉机构的审查
  - D. 上诉机构的调解
3. (2004 - 1 - 95)<sup>③</sup> 按照世界贸易组织争端解决制度的规定和实践, 有关非违反性申诉与违反性申诉的下列表述何者为正确?
  - A. 非违反性申诉中, 申诉方无需证明被申诉方违反了世界贸易组织协定的有关条款
  - B. 违反性申诉中, 申诉方需要证明被诉方采取的措施造成申诉方利益的丧失或受损
  - C. 如申诉方的非违反性申诉成功, 被诉方没有取消有关措施的义务, 但需对申诉方作出补偿
  - D. 如申诉方的非违反性申诉成功, 被诉方应撤销或废除被申诉的措施
4. (2005 - 1 - 44)<sup>④</sup> 下列关于世界贸易组织争端解决机制的表述哪一项是正确的?
  - A. 磋商是必经程序
  - B. 任何争端方对上诉机构的裁决有异议的, 均可上诉到争端解决机构
  - C. 世贸组织的上诉机构应对专家组报告涉及的事实及法律问题进行审理
  - D. 对被认为有错误的专家组的裁决, 上诉机构可以发回重审
5. (四川 2008 - 1 - 86)<sup>⑤</sup> 关于世界贸易组织争端解决机构中的上诉机构, 下列哪些选项是正确的?
  - A. 上诉机构为常设机构
  - B. 上诉机构审查被提起上诉的专家组报告中的法律问题
  - C. 上诉机构可以推翻专家组对有关事实的认定
  - D. 上诉机构做出的报告争端各方应无条件接受
6. (2009 - 1 - 44)<sup>⑥</sup> 甲乙两国均为世界贸易组织成员, 甲国对乙国出口商向甲国出口轮胎征收高额反倾销税, 使乙国轮胎出口企业损失严重。乙国政府为此向世界贸易组织提出申诉, 经专家组和上诉机构审理胜诉。下列哪一选项是正确的?
  - A. 如甲国不履行世贸组织的裁决, 乙国可申请强制执行
  - B. 如甲国不履行世贸组织的裁决, 乙国只可在轮胎的范围内实施报复
  - C. 如甲国不履行世贸组织的裁决, 乙国可向争端解决机构申请授权报复
  - D. 上诉机构只有在对该案的法律和事实问题进行全面审查后才能作出裁决

① ABC。  
 ② D。  
 ③ AC。  
 ④ A。  
 ⑤ AB。  
 ⑥ C。



## 第二十一讲 国际经济法领域的其他法律制度

### 【本讲概要】

了解：保护知识产权的主要国际公约及国际技术转让法律制度的基本内容，国际投资法、国际融资法和国际税法概念及其法律渊源的构成，国际技术转让、国际直接投资和国际资金融通的法律制度，国家税收管辖权的概念及其表现形式、国际双重征税问题及其解决方式。

熟悉并能够运用：我国缔结和参加的有关保护知识产权国际公约、多边投资条约、国际贷款协议、避免双重征税协定的适用范围及其与我国相关国内立法关系的原理。

### 考点一 国际知识产权法

#### 重点法条

##### 《知识产权海关保护条例》

第四条 知识产权权利人请求海关实施知识产权保护的，应当向海关提出采取保护措施的申请。

第五条 进口货物的收货人或者其代理人、出口货物的发货人或者其代理人应当按照国家规定，向海关如实申报与进出口货物有关的知识产权状况，并提交有关证明文件。

第七条 知识产权权利人可以依照本条例的规定，将其知识产权向海关总署申请备案；申请备案的，应当提交申请书。申请书应当包括下列内容：

- (一) 知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等；
- (二) 知识产权的名称、内容及其相关信息；
- (三) 知识产权许可行使状况；
- (四) 知识产权权利人合法行使知识产权的货物的名称、产地、进出境地海关、进出口商、主要特征、价格等；
- (五) 已知的侵犯知识产权货物的制造商、进出口商、进出境地海关、主要特征、价格等。

前款规定的申请书内容有证明文件的，知识产权权利人应当附送证明文件。

第八条 海关总署应当自收到全部申请文件之日起 30 个工作日内作出是否准予备案的决定，并书面通知申请人；不予备案的，应当说明理由。

有下列情形之一的，海关总署不予备案：

- (一) 申请文件不齐全或者无效的；
- (二) 申请人不是知识产权权利人的；
- (三) 知识产权不再受法律、行政法规保护的。



第九条 海关发现知识产权权利人申请知识产权备案未如实提供有关情况或者文件的，海关总署可以撤销其备案。

第十条 知识产权海关保护备案自海关总署准予备案之日起生效，有效期为 10 年。

知识产权有效的，知识产权权利人可以在知识产权海关保护备案有效期届满前 6 个月内，向海关总署申请续展备案。每次续展备案的有效期为 10 年。

知识产权海关保护备案有效期届满而不申请续展或者知识产权不再受法律、行政法规保护的，知识产权海关保护备案随即失效。

第十二条 知识产权权利人发现侵权嫌疑货物即将进出口的，可以向货物进出境地海关提出扣留侵权嫌疑货物的申请。

第十三条 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当提交申请书及相关证明文件，并提供足以证明侵权事实明显存在的证据。

申请书应当包括下列主要内容：

- (一) 知识产权权利人的名称或者姓名、注册地或者国籍等；
- (二) 知识产权的名称、内容及其相关信息；
- (三) 侵权嫌疑货物收货人和发货人的名称；
- (四) 侵权嫌疑货物名称、规格等；
- (五) 侵权嫌疑货物可能进出境的口岸、时间、运输工具等。

侵权嫌疑货物涉嫌侵犯备案知识产权的，申请书还应当包括海关备案号。

第十四条 知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，应当向海关提供不超过货物等值的担保，用于赔偿可能因申请不当给收货人、发货人造成的损失，以及支付货物由海关扣留后的仓储、保管和处置等费用；知识产权权利人直接向仓储商支付仓储、保管费用的，从担保中扣除。具体办法由海关总署制定。

第十五条 知识产权权利人申请扣留侵权嫌疑货物，符合本条例第十三条的规定，并依照本条例第十四条的规定提供担保的，海关应当扣留侵权嫌疑货物，书面通知知识产权权利人，并将海关扣留凭单送达收货人或者发货人。

知识产权权利人申请扣留侵权嫌疑货物，不符合本条例第十三条的规定，或者未依照本条例第十四条的规定提供担保的，海关应当驳回申请，并书面通知知识产权权利人。

第十六条 海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的，应当立即书面通知知识产权权利人。知识产权权利人自通知送达之日起 3 个工作日内依照本条例第十三条的规定提出申请，并依照本条例第十四条的规定提供担保的，海关应当扣留侵权嫌疑货物，书面通知知识产权权利人，并将海关扣留凭单送达收货人或者发货人。知识产权权利人逾期未提出申请或者未提供担保的，海关不得扣留货物。

第十九条 涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人认为其进出口货物未侵犯专利权的，可以在向海关提供货物等值的担保金后，请求海关放行其货物。知识产权权利人未能在合理期限内向人民法院起诉的，海关应当退还担保金。

第二十条 海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑并通知知识产权权利人后，知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物的，海关应当自扣留之日起 30 个工作日内对被扣留的侵权嫌疑货物是否侵犯知识产权进行调查、认定；不能认定的，应当立即书面通知知识产权权利人。

第二十四条 有下列情形之一的，海关应当放行被扣留的侵权嫌疑货物：

(一) 海关依照本条例第十五条的规定扣留侵权嫌疑货物,自扣留之日起 20 个工作日内未收到人民法院协助执行通知的;

(二) 海关依照本条例第十六条的规定扣留侵权嫌疑货物,自扣留之日起 50 个工作日内未收到人民法院协助执行通知,并且经调查不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的;

(三) 涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人在向海关提供与货物等值的担保金后,请求海关放行其货物的;

(四) 海关认为收货人或者发货人有充分的证据证明其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的。

**第二十七条** 被扣留的侵权嫌疑货物,经海关调查后认定侵犯知识产权的,由海关予以没收。

海关没收侵犯知识产权货物后,应当将侵犯知识产权货物的有关情况书面通知知识产权权利人。

被没收的侵犯知识产权货物可以用于社会公益事业的,海关应当转交给有关公益机构用于社会公益事业;知识产权权利人有收购意愿的,海关可以有偿转让给知识产权权利人。被没收的侵犯知识产权货物无法用于社会公益事业且知识产权权利人无收购意愿的,海关可以在消除侵权特征后依法拍卖;侵权特征无法消除的,海关应当予以销毁。

**第二十九条** 海关接受知识产权保护备案和采取知识产权保护措施的申请后,因知识产权权利人未提供确切情况而未能发现侵权货物、未能及时采取保护措施或者采取保护措施不力的,由知识产权权利人自行承担 responsibility。

知识产权权利人请求海关扣留侵权嫌疑货物后,海关不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权权利人的知识产权,或者人民法院判定不侵犯知识产权权利人的知识产权的,知识产权权利人应当依法承担赔偿责任。

**第三十条** 进口或者出口侵犯知识产权货物,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

## 考点解析

### (一) 国际技术转让

#### 1. 国际技术许可合同

国际技术许可是国际技术转让中使用最为广泛的一种贸易方式。许可协议是指有权阻止其他人利用或使用某种技术的人(许可方),同意某一人(受让方)使用该技术从而取得费用的协议。

按受让方在特定区域内取得的使用权限,可以将许可分为:

(1) 独占许可。这是受让方享有最大使用权的一种方式。在合同规定的期限内,在合同确定的区域,受让方对合同项下的技术享有独占或垄断权,许可方不得在该区域使用该技术,也不得将该技术许可给该区域内第三人。

(2) 排他许可(独家许可)。在指定区域内,除受让方外,没有其他的被许可方,但许可方可以在该区域使用该技术。

(3) 普通许可。许可方和其他受让方都可以在该区域使用该技术。

#### 2. 对限制性贸易做法的管理

在我国,技术进口合同中,不得含有下列限制性条款:





(1) 要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件,包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务;

(2) 要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务;

(3) 限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术;

(4) 限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术;

(5) 不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源;

(6) 不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格;

(7) 不合理地限制受让人利用进口技术生产的产品的出口渠道。

## (二) 巴黎公约(《保护工业产权巴黎公约》)

### 1. 国民待遇原则(具有缔约国国籍、在缔约国有住所或营业地)

### 2. 优先权原则

(1) 优先权并不适用于一切工业产权,只适用于四种工业产权

(2) 专利、实用新型 12 个月,商标、外观设计 6 个月

(3) 在优先权期限内每一个在后申请的申请日均为第一次申请的申请日(优先权日)。在规定的申请优先权期限届满之前,任何后来在公约其他成员国内提出的申请,都不因在此期间内他人所作的任何行为而失效。

(4) 申请人应提交优先权声明。

### 3. 临时保护

(1) 缔约国应对在任何一个成员国内举办的或经官方承认的国际展览会上展出的商品中可以取得专利的发明、实用新型、外观设计和可以注册的商标给予临时保护。

(2) 临时保护不应延展优先权期间。如以后要求优先权,任何国家的主管机关可以规定该期间应自该商品在展览会展出之日开始。

### 4. 独立性原则

各成员国授予专利权或者商标权是相互独立的,各国均依据本国法律决定是否给某一申请以工业产权保护。

### 5. 驰名商标的保护

无论驰名商标本身是否取得了商标注册,各成员国均应禁止他人使用相同或者类似驰名商标的商标,拒绝或取消注册与驰名商标相同或者相似的商标。商标在成员国是否驰名,由其行政主管或司法机关决定。某商标未在一国使用,如在该国已经为人所知,该商标在该国仍然有可能是驰名的。

## (三) 伯尔尼公约(《保护文学作品伯尔尼公约》)

(1) 国民待遇:①作者国籍国、惯常居所国、住所国;②在缔约国出版。

(2) 自动保护。

(3) 版权独立。

(4) 最低要求。客体范围:必须保护(文学艺术,演绎、实用艺术、外观设计);选择保护(官方文件、讲演、演说);不保护(日常新闻、社会新闻)。

(5) 权利内容:精神权利,经济权利。



## （四）TRIPS 协议（《与贸易有关的知识产权协议》）

### 1. 原则

国民待遇，最惠国待遇（例外：司法协助，公约许可互惠，本协议未规定，WTO 前生效）首次规定最惠国待遇。

### 2. 范围

（1）版权：将计算机程序和独创性数据库列为版权保护，增加了计算机程序和电影作品的出租权。

（2）商标：扩大了驰名商标的保护：一是扩大到服务标记；扩大到绝对保护，把与相同或类似的商品或服务扩大到不相类似的商品或服务。成员可以规定商标许可和转让的条件，但不允许商标的强制许可。注册商标所有权人有权将商标连同或者不连同其所属的营业一起进行转让。

（3）地理标志。

（4）工业品外观设计。

（5）专利：产品、方法。

（6）布图设计。

（7）未披露的信息。

### 3. 执法措施（民事、行政、刑事、临时、边境）

## （五）我国对知识产权保护的边境措施

知识产权海关保护是我国保护知识产权的重要措施之一，主要依据是 2004 年 3 月 1 日施行的《知识产权海关保护条例》（以下简称《海关条例》）。其主要内容如下。

### 1. 海关方面采取的措施

要求进口货物的收货人或其代理人，出口货物的发货人或其代理人按照国家规定，向海关如实申报与进出口货物有关的知识产权状况，海关总署应当自收到知识产权权利人备案申请文件之日起 30 个工作日内确定是否准予备案，并书面通知申请人；不予备案的，应当说明理由。

权利人提交申请书及相关证明文件，以及足以证明侵权事实明显存在的证据，并依照《海关条例》14 条提供担保，海关应当扣留侵权嫌疑货物；海关调查后认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的，由海关予以没收。

### 2. 知识产权权利人可以采取的措施

（1）提出备案申请。权利人向海关提出采取知识产权保护措施的备案申请；知识产权海关保护备案自海关总署准予备案之日起生效，有效期为 10 年，权利人可以在到期届满前 6 个月内续展。

（2）申请海关扣留侵权嫌疑货物的权利。知识产权权利人发现侵权嫌疑货物即将进出口的，可以向货物进出境地海关提出扣留侵权嫌疑货物的申请。海关应将扣留侵权嫌疑货物情况书面通知权利人，并将海关扣留凭单送达收货人或发货人。

（3）权利人在向海关提出采取保护措施的申请后，可以依照我国《商标法》、《著作权法》、《专利法》，在起诉前就被扣留的侵权嫌疑货物向人民法院申请采取责令停止侵权行为或者财产保全的措施。

### 3. 对收货人或发货人的救济

（1）收货人或者发货人认为其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的，应当向海关





提出书面说明并附送相关证据。

(2) 涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人认为其进出口货物未侵犯专利权的, 可以请求海关放行其货物。

(3) 有下列情形之一的, 海关应当放行被扣留的侵权嫌疑货物: 海关依照《海关条例》15 条扣留侵权嫌疑货物, 自扣留之日起 20 个工作日内未收到人民法院协助执行通知的; 海关依照《海关条例》16 条扣留嫌疑货物, 自扣留之日起 50 个工作日内未收到人民法院协助执行通知, 并且调查不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的; 涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人在向海关提供与货物等值的担保金后, 请求海关放行其货物的; 海关认为收货人或者发货人有充分的证据证明其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的。

### 真题演练

1. (1999-1-31)<sup>①</sup> 依《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的规定, 非该公约成员国的国民, 其作品首次在公约某一成员国出版, 或同时在某一成员国及其他非成员国首次出版, 则应在一切成员国中享有下列哪一种待遇?

- A. 最惠国待遇
- B. 优惠待遇
- C. 差别待遇
- D. 国民待遇

2. (2003-1-67)<sup>②</sup> 假设甲国为《保护文学艺术作品伯尔尼公约》的成员国, 乙国为非成员国。依该公约的规定, 下列哪些作品可以享有国民待遇?

- A. 甲国公民在甲国和乙国同时出版的文学作品
- B. 乙国公民首先在甲国出版的文学作品
- C. 在甲国有住所的乙国公民的文学作品
- D. 乙国公民在乙国发表的文学作品

3. (2004-1-46)<sup>③</sup> 《保护文学艺术作品伯尔尼公约》是著作权领域第一个世界性多边国际条约, 也是至今影响最大的著作权公约。下列关于该公约的说法哪一个是不正确的?

- A. 该公约采用自动保护原则
- B. 该公约不保护演绎作品
- C. 非成员国国民的作品在成员国首次发表可以受到公约的保护
- D. 该公约保护作者的经济权利

4. (2006-1-43)<sup>④</sup> 根据保护知识产权的《巴黎公约》, 下列哪种说法是正确的?

- A. 《巴黎公约》的优先权原则适用于一切工业产权
- B. 《巴黎公约》关于驰名商标的特殊保护是对成员国商标权保护的最高要求
- C. 《巴黎公约》的国民待遇原则不适用于在我国海南省设有住所的非该公约缔约国国民
- D. 对于在北京农展馆举行的农业产品国际博览会上展出的产品中可以取得专利的发

① D。  
② ABC。  
③ B。  
④ D。



明，我国给予临时保护

5. (2006-1-85)<sup>①</sup> 根据《与贸易有关的知识产权协议》，下列哪些选项应受到知识产权法律的保护？

- A. 独创性数据汇编
- B. 动植物新品种
- C. 计算机程序及电影作品的出租权
- D. 疾病的诊断方法

6. (2007-1-45)<sup>②</sup> 中美两国都是世界贸易组织成员。《保护工业产权巴黎公约》、《保护文学艺术作品伯尔尼公约》和《与贸易有关的知识产权协定》对中美两国均适用。据此，下列哪一选项是正确的？

- A. 中国人在中国首次发表的作品，在美国受美国法律保护
- B. 美国人在美国注册但未在中国注册的非驰名商标，受中国法律保护
- C. 美国人仅在美国取得的专利权，受中国法律的保护
- D. 中美两国均应向对方国家的权利人提供司法救济，但以民事程序为限

7. (四川 2008-1-43)<sup>③</sup> 根据《保护工业产权巴黎公约》的国民待遇原则，若该公约某成员国国民的发明在其本国获得了专利保护，关于该发明在其他成员国的待遇，下列哪一选项是正确的？

- A. 该发明在其他成员国也获得专利保护
- B. 该发明在其他成员国也获得版权保护
- C. 该发明应按其他成员国的法律规定来确定是否获得专利保护
- D. 其他成员国对该发明应给予发明者本国所给予的相同水平的保护

8. (2009-1-42)<sup>④</sup> 根据《保护工业产权的巴黎公约》，关于优先权，下列哪一选项是正确的？

- A. 优先权的获得需要申请人于“在后申请”中提出优先权申请并提供有关证明文件
- B. 所有的工业产权均享有相同期间的优先权
- C. “在先申请”撤回，“在后申请”的优先权地位随之丧失
- D. “在先申请”被驳回，“在后申请”的优先权地位随之丧失

9. (2009-1-86)<sup>⑤</sup> 中国甲公司发现有假冒“麒麟”商标的货物通过海关进口。依我国相关法律规定，甲公司可以采取下列哪些措施？

- A. 甲公司可向海关提出采取知识产权保护措施的备案申请
- B. 甲公司可要求海关将涉嫌侵犯“麒麟”商标权的标记移除后再进口
- C. 甲公司可向货物进出境地海关提出扣留涉嫌侵权货物的申请
- D. 甲公司在向海关提出采取保护措施的申请后，可在起诉前就被扣留的涉嫌侵权货物向法院申请采取责令停止侵权行为的措施

① AC。

② A。

③ C。

④ A。

⑤ ACD。



### 考点解析

#### (一)《多边投资担保机构公约》

##### 1. 承保险别（只保政治险）

(1) 货币汇兑险：承保由于东道国的责任而采取的任何措施，限制将货币转换成可自由通用的货币，并兑出东道国境外的风险，但不包括货币贬值的风险。

(2) 征收和类似措施险：承保由于东道国政府的责任而采取的任何立法或措施，使担保人对其投资的所有权或控制权被剥夺，或剥夺了其投资中产生的大量效益的风险。

(3) 战争内乱险：承保东道国境内的任何地区的任何军事行动或内乱而导致的风险（包括发生在东道国邻国境内的军事行动影响到处于两国边界附近的投资项目）。

(4) 政府违约险：即东道国对担保权人的违约，且担保权人无法求助于司法或仲裁部门对违约的索赔做出裁决，或司法或仲裁部门未能在合理期限内做出裁决，或有这样的裁决而不能实施。

（险别不限于此，可以涉及其他非商业风险，只要投资者和东道国联合申请和机构董事会特别多数票通过即可）

2. 合格投资者：东道国以外的会员国自然人、法人（但经同意，也可扩展到东道国的自然人、法人）。

3. 合格投资：投保申请注册后开始执行的新投资。

4. 合格东道国：发展中国家。

5. 代位求偿：赔偿后代位对东道国索赔，各成员国承认此项权利。

#### (二)《关于解决国家和他国国民之间投资争端的公约》

1. 中心地位：国际法律人格。

2. 管辖权

(1) 主体：缔约国政府（东道国）与另一缔约国国民（外国投资者）

(2) 争端性质：直接因国际投资引起

(3) 主观方面：双方必须书面同意

批准或加入公约本身并不等于缔约国承担了将某一特定投资争端提交中心调解或仲裁的义务。某一具体争端是否被中心管辖，还须有涉及争端的缔约国与外国投资者之间的同意。当事人各方一经同意，任何一方不得单方撤回其同意。同意必须是双方就某一具体争端做出的共同意思表示。

注意：中心管辖权具有专属性，一旦当事人同意在中心仲裁，有关争端不再属于作为争端一方的缔约国国内法管辖的范围，而属于中心的专属管辖。这表明，双方实际上可以不用尽当地救济即在书面同意的基础上将争端提交仲裁。除非缔约国要求用尽当地救济作为其同意交付中心仲裁的一个条件。另外，中心的管辖排斥投资者本国的外交保护。

3. 裁决承认与执行：中心裁决的效力相当于缔约国法院的最终判决，缔约国法院不得对它进行审查，也不得以违背当地公共秩序为由拒绝承认与执行。当事人不得对中心裁



决提出上诉或采取公约规定以外的补救方法。

4. 对于缔约国之间的争端,依公约第64条的规定,经争端一方的申请,得提交国际法院解决。除非有关国家同意采取另一种解决方法。

### (三)《与贸易有关的投资措施协议》(TRIMS 协议)

#### 1. 两种违反国民待遇的措施

当地含量要求:要求企业购买或使用原产于国内或来源于国内渠道的产品。

贸易平衡要求:也称进出口平衡要求,即要求外商投资企业自行平衡其进出口;比如限制企业购买或使用进口产品的数量,并把这一数量与该企业出口当地产品的数量或价值相联系。

注意:TRIMS 协议没有禁止当地股权要求,即允许东道国政府要求外商投资企业中一定的股权必须由当地投资者控制或掌握。

#### 2. 三种违反普遍取消数量限制的措施

(1) 普遍限制企业用于当地生产所需或与当地生产相关的产品的进口

(2) 限制企业进口需要使用的外汇

(3) 限制企业出口或供出口产品的销售

### 真题演练

1. (1999-1-44)<sup>①</sup> 海外投资保险制度是资本输出国政府为了鼓励本国资本向海外投资,并预防和补偿因资本输入国发生政治风险而使本国投资者遭受损失而开办的一种政府保险。下列选项哪些是这种投资保险制度的特点?

- A. 该制度的实施只限于海外私人直接投资
- B. 该制度的实施只限于间接投资
- C. 该制度的保证对象只限于政治风险
- D. 该制度提供的是一种“国家保证”

2. (2000-1-34)<sup>②</sup> 下列关于“解决投资争议国际中心”管辖权的选项哪一项是不正确的?

- A. 争议双方当事人为同一缔约国的国民
- B. 争议必须是直接产生于投资的法律争议
- C. 双方当事人必须书面同意将争议提交中心管辖
- D. 一旦双方当事人将争议交付中心,原则上即排除了投资者本国的外交保护权

3. (2002-1-27)<sup>③</sup> 依据《关于解决国家和他国国民之间投资争端的公约》建立的“解决投资争端的国际中心”,对下列哪一争端事项具有管辖权?

- A. 缔约国和另一缔约国因直接投资而产生的法律争端,并经双方书面同意提交中心
- B. 缔约国和另一缔约国国民因直接投资而产生的法律争端,并经双方口头同意提交中心
- C. 缔约国和另一缔约国国民因直接投资而产生的法律争端,并经双方书面同意提交中心
- D. 缔约国和另一缔约国国民因间接投资而产生的法律争端,并经双方书面同意提交

① ACD。

② A。

③ C。



4. (2003 - 1 - 28)<sup>①</sup>《多边投资担保机构公约》承保的“违约险”中的“约”是指下列选项中的哪一种?

- A. 东道国公司与外国投资者签订的契约
- B. 东道国公司与外国投资者所属国政府签订的契约
- C. 东道国政府与外国投资者签订的契约
- D. 东道国政府与多边投资担保机构签订的契约

5. (2004 - 1 - 47)<sup>②</sup> 根据《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》，甲缔约国与乙缔约国的桑德公司通过书面约定一致同意：双方之间因直接投资而产生的争端，应直接提交解决投资争端国际中心仲裁。据此事实，下列哪一选项是正确的?

- A. 任何一方可单方面撤销对提交该中心仲裁的同意
- B. 在中心仲裁期间，乙国无权对桑德公司行使外交保护
- C. 在该案中，任何一方均有权要求用尽当地救济解决争端
- D. 对该中心裁决不服的一方有权向有管辖权的法院提起撤销裁决的诉讼

6. (2005 - 1 - 46)<sup>③</sup> 海外投资保证制度是资本输出国对本国的私人海外投资依据国内法所实施的一种对该投资所可能产生的政治风险进行保险的制度。下列关于海外投资保证制度的哪一项表述不正确?

- A. 海外投资保证只承保政治风险
- B. 任何保险公司均可参与海外投资保险业务
- C. 海外投资保证机构具有国家特设机构的性质
- D. 海外投资保证机构在向投资者支付赔偿后将取得代位求偿权

7. (2008 - 1 - 45)<sup>④</sup> 多边投资担保机构是依据 1988 年生效的《多边投资担保机构公约》设立的国际金融机构。关于该机构，下列哪一选项是正确的?

- A. 该机构只承保货币汇兑险、征收险、战争内乱险和政府违约险
- B. 任何投资均可列入该机构的投保范围，但间接投资除外
- C. 该机构具有完全法律人格，有权缔结契约，取得并处理不动产和动产

① C。MIGA 的承保险种主要有：①货币汇兑险：可归因于东道国政府的任何措施，限制将其货币兑换成可自由使用货币或投保人可接受的另一种货币并汇出东道国境外，包括东道国政府未能在合理的时间内对该投保人提出的汇兑申请作出行动。②征收和类似措施险：可归因于东道国政府的任何立法上的作为或行政上的作为或不作为，具有剥夺投保人对其投资的所有权或控制权，或其应从该投资中得到大量收益的效果，但政府为管理其境内的经济活动而正常采取的普遍适用的非歧视性措施不在此列。③违约险：东道国政府不履行或违反与投保人（外国投资者）签订的合同，并且投保人无法求助于司法或仲裁机关对毁约或违约的索赔作出裁决；或该司法或仲裁机关未能在根据本机构条例订立的担保合同规定的合理期限内作出裁决；或虽有这样的裁决但未能执行。④战争和内乱险：可归因于东道国境内任何地区军事行动或内乱而给投资者造成的损失。故正确答案是 C 项。

② B。《关于解决国家和他国国民之间投资争端公约》第 25 条规定，……当双方表示同意后，任何一方不得单方面撤销其同意。也就是说，东道国政府和投资人一旦都表示同意提交给解决投资争端国际中心管辖，那么任何一方不得单方面撤销同意，所以 A 是错误的。该公约第 27 条第 1 款规定，缔约国对于其国民和另一缔约国根据本公约已同意交付或已交付仲裁的争端，不得给予外交保护或提出国际要求，除非该另一缔约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。所以 B 是正确的。该公约第 26 条规定，除非另有规定，双方同意根据本公约交付仲裁，应视为同意排除任何其他救济方法而交付上述仲裁。缔约国可以要求以用尽该国行政或司法救济作为其同意根据本公约交付仲裁的条件。在本案中，案件已经交付仲裁，所以可以认定当事人已经用尽了当地救济，所以 C 项错误。根据该公约的规定，当事人对解决投资争端国际中心的仲裁裁决不服的，有权向秘书长提出申请要求撤销仲裁，而不是向法院提出撤销仲裁的申请。所以 D 是错误的。

③ B。

④ C。





- D. 在任何情况下, 该机构都不得接受东道国自然人、法人的投保
8. (2002-1-68)<sup>①</sup> 依据《与贸易有关的投资措施协议》, 下列哪几项措施是成员方不得实施的与国民待遇和普遍取消数量限制原则不相符合的与贸易有关的投资措施?
- A. 限制企业购买或使用进口产品的数量
  - B. 将企业进口产品的数量与该企业出口当地产品的数量或价值相联系
  - C. 将企业获得外汇与其外汇流入联系起来进行限制
  - D. 规定企业出口销售产品时当地生产的数量或价值的比重
9. (2003-1-69)<sup>②</sup> 下列世界贸易组织成员国外商投资法律中的哪些规定违反了与贸易有关的投资措施协议的要求?
- A. 在合资企业中, 本地股权应占 51% 以上
  - B. 合资企业所需原材料应优先从国内购买
  - C. 合资企业进口货值不得超过当年度出口货值
  - D. 合资企业必须提供外汇平衡的保证
10. (2004-1-43)<sup>③</sup> 世界贸易组织法律规则中的《与贸易有关的投资措施协议》适用的范围限于下列哪一项?
- A. 与货物贸易有关的投资措施
  - B. 与服务贸易有关的投资措施
  - C. 与专利技术转让有关的投资措施
  - D. 与商标权转让有关的投资措施
11. (2009-1-84)<sup>④</sup> 针对甲国一系列影响汽车工业的措施, 乙、丙、丁等国向甲国提出了磋商请求。四国均为世界贸易组织成员。关于甲国采取的措施, 下列哪些是《与贸易有关的投资措施协议》禁止使用的?
- A. 要求汽车生产企业在生产过程中必须购买一定比例的当地产品
  - B. 依国产化率对汽车中使用的进口汽车部件减税
  - C. 规定汽车生产企业的外资股权比例不应超过 60%
  - D. 要求企业购买进口产品的数量不能大于其出口产品的数量

### 考点三 国际融资法

#### 考点解析

##### 1. 国际资金融通的方式

① 国际贷款; ② 国际证券融资; ③ 国际融资租赁。

##### 2. 国际贷款的种类

(1) 政府贷款: 一国政府以其预算内资金向另一国政府以特定协议方式提供的优惠性贷款。

- 
- ① ABCD。
  - ② BCD。
  - ③ A。
  - ④ ABD。







(2) 国际金融机构贷款：国际金融机构作为贷款人向借款人以贷款协议方式提供的优惠性贷款。国际货币基金组织是目前世界上最大的政府间国际组织，其发放贷款的对象仅限于成员国政府机构，不对私人企业组织贷款。重要概念——特别提款权：各会员国可以凭特别提款权向基金组织提用资金，可作为国际储备，可作为一种账面资产或记账货币，可用于办理政府间结算，可偿付政府间结算逆差。还可用以偿还基金组织的贷款，或作为偿还债务的担保等。

(3) 国际商业银行贷款：一国商业银行（或国际金融机构）作为贷款人以贷款协议方式向其他国家借款人提供的商业贷款。

(4) 国际银团贷款：由一家或几家银行牵头，由两家或以上的银行依同样的贷款条件并使用共同的贷款合同向借款人发放的由一家共同的代理行管理的贷款。

(5) 国际项目融资：向特定工程项目提供贷款，贷款人依赖该项目所产生的收益作为还款资金来源，并将经营该项目的资产作为贷款人的附属担保物的一种跨国融资方式。

### 3. 国际贷款协议的共同性条款

陈述和保证、先决条件、约定事项（平等位次条款）、违约事件及救济方法。

### 4. 国际融资担保

(1) 见索即付保证的特征：①独立性：见索即付担保是非从属性的独立担保，独立于基础合同。②绝对性：这种担保是绝对的和无条件的，在受益人按照担保合同的规定索赔时，保证人必须无条件承担赔付责任。③单一性：担保人所承担的义务是付款义务，而不是实际履行本应由申请人（借款人）履行的义务。

(2) 备用信用证的特征：①保证人是银行；②贷款人出具信用证要求的违约证明时，保证人即向贷款人付款，并不需要对违约事实进行审查；③开证行作为保证人承担第一位的付款责任；④在贷款协议无效时，开证行仍须承担保证责任，备用信用证独立于国际贷款协议。

(3) 担保意愿书。又称安慰信，一般不具有法律效力，对担保人只具有道义上的约束力。

(4) 浮动抵押的特征：①担保物的价值和形式处于不确定状态。②担保物不转移占有。③担保物的范围是债务人的全部财产。④浮动担保于约定事件发生时转化为固定担保。

### 真题演练

1. (2008-1-86)<sup>①</sup> 实践中，国际融资担保存在多种不同的形式，如银行保函、备用信用证、浮动担保等，中国法律对其中一些担保形式没有相应的规定。根据国际惯例，关于各类融资担保，下列哪些选项是正确的？

- A. 备用信用证项下的付款义务只有在开证行对借款人的违约事实进行实质审查后才产生
- B. 大公司出具的担保意愿书具有很强的法律效力
- C. 见索即付保函独立于基础合同
- D. 浮动担保中用于担保的财产的价值是变化的

<sup>①</sup> CD。

2. (2009-1-85)<sup>①</sup> 关于特别提款权, 下列哪些选项是正确的?

- A. 甲国可以用特别提款权偿还国际货币基金组织为其渡过金融危机提供的贷款
- B. 甲乙两国的贸易公司可将特别提款权用于两公司间国际货物买卖的支付
- C. 甲乙两国可将特别提款权用于两国政府间结算
- D. 甲国可以将特别提款权用于国际储备

考点

国际税法

### 考点解析

#### 1. 国际税收管辖权

(1) 居民税收管辖权: 居住国对居民来自全球的所得都有征税权, 纳税人的纳税义务是无限的。①自然人居民身份确定: 住所、居所、居留时间、国籍。②法人居民身份认定的标准: 法人注册成立地、法人实际管理和控制中心所在地、法人总机构所在地。

(2) 来源地税收管辖权: 收入来源国对非居民来自该国的所得有征税权, 纳税人的纳税义务是有限的, 征税对象限于来源地所得。

#### 2. 国际双重征税

(1) 重复征税: 对同一纳税人, 同一纳税对象, 征收相同或类似税。

(2) 重叠征税: 对同一笔所得在具有某种经济联系的不同纳税人手中各征一次税。

#### 3. 消除国际双重征税的方法

(1) 免税制: 对来源于境外的所得或财产免于征税。放弃税收管辖权。

(2) 抵免制: 税款从本国的应纳税款中扣除。全额抵免和限额抵免。

(3) 扣除制。

(4) 减税制。

(5) 税收饶让抵免: 居住国对其居民因来源地国实行减免税优惠而未实际缴纳的那部分税额, 应视同已缴纳那样给予抵免。

#### 4. 国际逃税与避税

(1) 国际逃税: 跨国纳税人采取某种违反税法的手段或措施, 减少或逃避其跨国纳税义务的行为。主要方式有: 不向税务机关报送纳税资料; 谎报所得额; 虚构、多摊成本、费用、折旧等扣除项目; 伪造账册和收支凭证。

(2) 国际避税: 纳税人利用各国税法上的差异以及其他不违反税法的方式, 减少或规避其跨国纳税的义务。主要方式有: 跨国附属企业的转移定价, 通过在避税港设立基地公司, 将在避税港境外的所得和财产汇集在基地公司的账户下。

#### 5. 我国对外签订的税收协定

中国对外签订的税收协定主要采取收入来源国税收管辖权优先原则, 平等互利、友好协商原则, 税收饶让抵免等原则, 基本上采用的是《联合国范本》的条文结构。

(1) 对常设机构的限定。协定多以连续存在6个月以上视为常设机构, 比国内税法要优惠。

① ACD。



(2) 对预提税的征税限定, 协定一般规定限制税率不超过 10%, 比国内税法规定的 20% 优惠。

(3) 对个人劳务所得征税限定。①对独立的个人劳务所得, 应仅由居住国行使征税权, 但如果取得独立劳务所得的个人在来源国设有固定基地或者连续或累计停留超过 183 天, 由来源国征税。②对非独立个人劳务所得, 原则上由来源国行使征税权。但如该人在一个纳税年度内在来源国连续或累计停留不足 183 天, 且该劳务报酬既非来源国的居民所支付, 又非雇主设在来源国的常设机构或固定基地所负担, 则该非独立个人劳务所得应由其居住国行使征税权, 来源国不得征税。

### 真题演练

1. (2000-1-33)① 甲国 A 公司在某纳税年度内来自本国的应税所得为 100 万元, 来自乙国的应税所得为 50 万元, 设甲乙两国适用相同的比例税率, 如甲国实行全额抵免制, 下列哪一种主张是正确的?

- A. A 公司需要对其从乙国取得的应税所得向甲国实际交纳全部税款
- B. A 公司需要对其从乙国取得的应税所得向甲国实际交纳部分税款
- C. A 公司无需对其从乙国取得的应税所得向甲国实际交纳任何税款
- D. A 公司无需对其从乙国取得的应税所得向甲国交纳任何税款, 因为甲国主动放弃了对该应税所得的管辖权

2. (2005-1-84)② 为避免或缓解国际重复征税, 纳税人居住国可以采用的方法有哪些?

- A. 免税制
- B. 抵免制
- C. 扣除制
- D. 减税制

3. (2009-1-87)③ 在国际税法中, 对于法人居民身份的认定各国不同标准。下列哪些属于判断法人纳税居民身份的标准?

- A. 依法人的注册成立地判断
- B. 依法人的股东在征税国境内停留的时间判断
- C. 依法人的总机构所在地判断
- D. 依法人的实际控制与管理中心所在地判断

① C。  
② ABCD。  
③ ACD。



## 附录 本书主要法律文件全、简称对照表

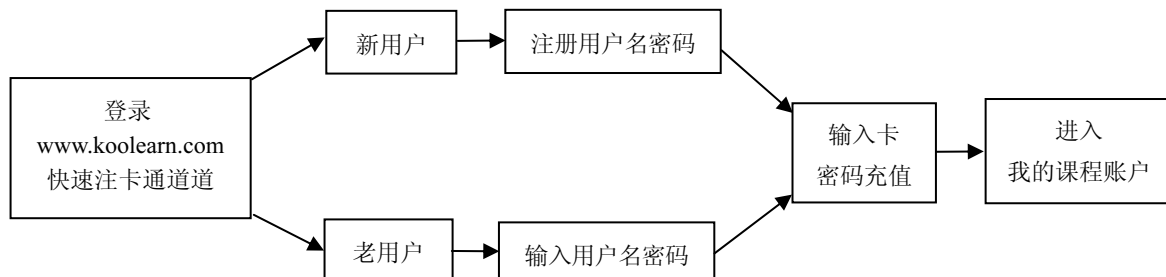
邻海及毗连区法	中华人民共和国邻海及毗连区法
专属经济区和大陆架法	中华人民共和国专属经济区和大陆架法
国籍法	中华人民共和国国籍法
入境出境管理法	中华人民共和国外国人入境出境管理法
引渡法	中华人民共和国引渡法
外交特权与豁免条例	中华人民共和国外交特权与豁免条例
领事特权与豁免条例	中华人民共和国领事特权与豁免条例
缔结条约程序法	中华人民共和国缔结条约程序法
民法通则	中华人民共和国民法通则
民通意见	中华人民共和国民通意见
票据法	中华人民共和国票据法
民用航空法	中华人民共和国民用航空法
海商法	中华人民共和国海商法
民事诉讼法	中华人民共和国民事诉讼法
仲裁法解释	最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》若干问题的解释
对外贸易法	中华人民共和国对外贸易法
反倾销条例	中华人民共和国反倾销条例
反补贴条例	中华人民共和国反补贴条例
保障措施条例	中华人民共和国保障措施条例
知识产权海关保护条例	中华人民共和国知识产权海关保护条例

### 恭喜您成为新东方在线网上学员

本卡为新东方在线礼品卡，将此卡充值，您可在有效期内学习新东方在线司法考试指定课程。

### 充值操作流程

登录 [www.koolearn.com](http://www.koolearn.com) 网站→在首页进入“快速注卡”通道，注册用户名密码→输入“卡密码”充值→进入“我的课程账户”听课。



### 特别提醒：

本卡充值使用有效期截至 2010 年 10 月 01 日，逾期不能听课，充值后有效期为 30 天。

此卡为非卖品，不可销售。咨询热线：400-676-2300。

**卡密码：3548900823026133**

## 2010 年新东方司考网络课程产品体系

产品类别	产品名称	促销价	新东方在线 2010 年司法考试的五大优势
特色班型	2010 司考金牌通关班（送 09）	2580 元	<b>1. 超强的师资队伍</b> 授课教师均为来自北京大学、人民大学、中国政法大学的权威教师，使您足不出户，即可享受京城一线名师的精彩授课。 <b>2. 全面系统的课程体系</b> 四阶段的独特教学模式——历年真题破解、系统精讲、串讲模考、点睛飞跃。 <b>3. 丰厚的投资回报</b> 超低的价格，却有同样的课堂效果，新东方北斗星学校面授课程随堂录制，面授班课程结束后一星期内对应网络课程即可上线。 <b>4. 反复听课无限畅学</b> 没有听课次数的限制，并且细分知识点，哪里没有学懂从哪里重复学起。 <b>5. 协议保过</b> 基于 2008、2009 年的高通过率，与金牌协议通关班学员签订电子协议。不通过国家规定的分数线，免费重读 2011 全程班课程。
	2010 司考全程联报班（送 09）	1680 元	
单项	2010 司考系统精讲班（送 09）	680 元	
	2010 司考串讲模考班（送 09）	580 元	
	2010 司考历年真题破解班（送 09）	280 元	
	2010 司考点睛飞越班（送 09）	380 元	
套餐组合	2010 司考真题+精讲联报（送 09）	880 元	
	2010 司考真题+精讲+点睛联报（送 09）	1180 元	
	2010 司考精讲+串讲+点睛联报（送 09）	1480 元	
	2010 司考精讲+点睛联报（送 09）	980 元	
	2010 司考串讲+点睛联报（送 09）	880 元	